TRATADO DE DIREITO Privado

Pontes de Miranda

ATUALIZADO POR

Vilson Rodrigues Alves

Em conformidade com o Código Civil de 2002

BOOKSELLER

TRATADO

DE

DIREITO PRIVADO

PARTE ESPECIAL

TOMO XXXI

Direito das Obrigações: Negócios jurídicos unilaterais. Denúncia. Revogação. Reconhecimento. Promessas unilaterais. Traspasso bancário. Promessa de recompensa. Concurso

TÍTULO XIII

NEGÓCIOS JURÍDICOS UNILATERAIS

PARTE 1

Negócios jurídicos unilaterais em geral

CAPÍTULO 1

CONCEITO E NATUREZA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS UNILATERAIS

§ 3.566. *Conceito e estrutura.* 1. Negócio jurídico unilateral e manifestação de vontade.. 2. Unilateralidade e tipicidade dos negócios jurídicos

§ 3.567. *Espécies de negócios jurídicos Unilaterais 8.* 1. Preliminares.

2.Renúncia. 3. Derrelição. 4. Denúncia. 5. Reconhecimento negocial unilateral. 6. Revogação. 7.

Assentimento a ato de outrem. 8. Outorga de poder. 9. Negócio institutivo de fundação. 10. Constituição unilateral de hipoteca. 11. Constituição unilateral de penhor. 12. Remissão unilateral de dívida.13.Traspasso bancário . 14. Promessas unilaterais

§ 3.568. *Institutos semelhantes e outros fatos jurídicos.* 1. Negócios jurídicos e outros fatos jurídicos que erradamente se têm por unilaterais. 2. Espécies principais

CAPÍTULO II

EFICÁCIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS UNILATERAIS

§ 3.569. *Unilateralidade e eficácia.* 1. Precisões. 2.Irradiações do negócio jurídico unilateral

§ 3.570. *Negócios jurídicos unilaterais enantiomórficos ebílaterolizáveis.* 1. Enantiomorfia de negócios jurídicos unilaterais.2. Negócios jurídicos unilaterais absolutos PARTE II

Negócios jurídicos unilaterais do direito das obrigações

CAPÍTULO 1

RENÚNCIA

§ 3.571. *Conceito e natureza.* 1. Direito público e direito privado. 2.Pressupostos de existência. 3. Eficácia da renúncia .

§ 3.572. *Falsas renúncias.* 1. Espécies principais. 2. Elementos renunciativos CAPÍTULO II

DENÚNCIA

§ 3.573. *Conceito.* 1. Denúncia e extinção. 2. Eficácia da denúncia

§ 3.574. *Unilateralidade.* 1. Negócio jurídico unilateral. 2. Negócios jurídicos que se referem a denúncia CAPITULO III

REVOGAÇÃO

§ 3.575.

§ 3.576. *Conceito.* 1. Precisões. 2. Unilateralidade ineliminável . 3. Pressupostos de existência da revogação *Eficácia da revogação»* 1. Negócio jurídico unilateral de revogação. 2. Tempo em que pode

ocorrer a revogação. 3. Modo de revogar

CAPÍTULO IV

RECONHECIMENTO UNILATERAL DE DÍVIDA, DE OBRIGAÇÃO, DE AÇÃO OU DE EXCEÇÃO

§ 3.577. *Conceito e natureza do reconhecimento unilateral.* 1. Conceito geral. 2. Espécies de reconhecimento e de negócios jurídicos de reconhecimento. 3. Reprodução ou repetição, renovação e negócio jurídico de reconhecimento

§ 3.578. *Espécies de reconhecimento.* 1. Reconhecimento negocial e conhecimento negocial. Enunciado de fato e manifestação de vontade

§ 3.579. *Conteúdo e objeto do reconhecimento negocial.* 1. Precisões.2.Confissão e reconhecimento negocial.

3. Surgimento do conceito preciso. 4. Sentença com declarativídade e reconhecimento negocial. 5. Relações jurídicas que podem ser negocialmente reconhecidas

§ 3.580. *Estrutura e composição do negócio jurídico de reconhecimento* . 1.Unilateralidade ou bilateralidade do negócio jurídico de reconhecimento. 2. Conclusões

§ 3.581. *Negócios jurídicos de reconhecimento negativo.* 1. Duas espécies. 2. Invocação dos princípios

§ 3.582. *Reconhecimento abstrato de divida.* 1. Conceito2. Interpretação do negócio jurídico. 3. Forma e eficácia. 4. Ato declarativo e declaração

§ 3.583. *Pressupostos de validade do reconhecimento negocial.* 1. Posição do problema. 2. Validade do negócio jurídico reconhecido

3.584. *Eficácia dos negócios jurídicos de reconhecimento.* 1. Negócios jurídicos unilaterais de reconhecimento e negócios jurídicos bilaterais de reconhecimento. 2. Relação jurídica declarada.3.Eficácia de direito

material. 4. Tempo em que começa a eficácia do negócio jurídico de reconhecimento. 5.

Sanação.6.Eficácia do negócio jurídico de reconhecimento, no tocante a terceiros CAPITULO V

PROMESSA UNILATERAL

§ 3.585. *Conceito e natureza.* 1. Dação e promessa. 2. Sujeito ativo da relação jurídica. 3. Objeto da promessa. 4. Eficácia das promessas unilaterais

§ 3.586. *Espécies de promessas unilaterais.* 1. Típicidade e unilateralidade freqüentes 2. Documentação, incorporação e representatividade. 3. Promessas unilaterais a "incerta persona" e a "certa persona". 4.

Manifestações unilaterais de vontade geradoras, ou não, de obrigações abstratas. 5. Promessa de dar, ou de fazer, ou de não-fazer, e promessa de pagamento .... ..

§ 3.587. *Evolução histórica.* 1. Lei e vinculatividade das manifestações unilaterais de vontade. 2. Exames de pretensos negócios jurídicos unilaterais. 3. "Dictio dotis". 4. "lusiurandum libertis". 5. "Confessio in iure". 6.

"luramentum". 7. Direito muçulmano

~ 3.588. *Direito canônico.* 1. Preliminares. 2. Voto. 3. Tempos recentes

§ 3.589. *Direito luso-brasileiro e direito brasileiro.* 1. Promessas ao Estado e à Igreja. 2. Exemplo célebre na Peninsula Hispánica. 3.Direito brasileiro. 4. Nomeação em caso de foro . 5. Doações e unilateralidade. 6.

Debêntures e pretensos titulares de direitos. 7.Oferta e negócio jurídico bilateral. 8. Remição de hipoteca pelo terceiro adquirente. 9. "Negotium claudicans" e unilateralidade. 10. Contratos com o Estado e vinculação do figurante. 11. Doação. 12. Unilateralidade e aquisição da posse. 13.Vantagens, comissões ou percentagens para fundadores de sociedades. 14. Obrigações "ob" ou "propter rem". 15. Outorgas estatais de isenção de impostos . 16. Vincularídade antes da bílateralização . 17. Pluralidade de promitentes CAPÍTULO VI

PROMESSA DE PAGAMENTO

3.590. *Promessa unilateral de pagamento de divida preexistente.* 1.Precisões. 2. Conteúdo da promessa de pagamento. 3. Promessa de pagar dívida alheia

§ 3.591. *Promessa de pagamento de divida futura.* 1. Fonte da dívida e divida. 2. Causa e promessa de pagar CAPÍTULO VII

§ 3.592

§ 3.593.

TRASPASSO BANCÁRIO

Conceito e natureza. 1. Conceito. 2. Natureza *Ato duplo do banco.* 1. Simultaneidade dos atos. 2. Relação jurídica subjacente (ou sobrejacente) entre o declarante da vontade de traspasso bancário e o banco. 3.

Relação jurídica entre o banco e o beneficiário. 4. Relação jurídica entre declarante unilateral de vontade, no traspasso bancário, e beneficiário

CAPITULO VIII

PROMESSA AO PÚBLICO

PARTE III

Promessa de recompensa

CAPÍTULO 1

GENERALIDADES E TEORIAS SOBRE A PROMESSA DE RECOMPENSA

§ 3.594.

$ 3.595.

§ 3.596.

§ 3.597.

§ 3.598.

§ 3.599.

Conceito e Natureza. 1. Precisões. 2. Promessa ao público e oferta ao público *Pressupostos da promessa ao público.* 1. Prévio exame2. Pro massa. 3. Publicidade *Publicidade e circulo social.* 1. Espaço em que se espalha a promessa. 2. Conclusões. 3. Possibilidade de atingimento

Momento em que há ..... capaz o promitente. 1. Posição do problema. 2. Exame das espécies. 3. Exame das soluções propostas. 4. Soluções científicas

Morte do promitente. 1. Posição do problema. 2. Modos de publicação *Pressuposto da licitude do prometido e do que é causa da doação.* 1.Licitude e validade. 2. Sanção de nulidade. 3. Ilicitude e imoralidade. 4. Reclame e pilhéria

CAPÍTULO IX

PROMESSAS AO PÚBLICO E APOSTAS UNILATERAIS

§ 3.600. *Promessa ao público e jogo ou aposta.* 1. Precisões. 2. Noção de disputa, concurso e aposta. 3. Jogos e negócios inclusos noutros negócios jurídicos. 4. Promessa e aposta. 5.Promessa ao público e "meias apostas"

§ 3.601. *Promessa de recompensa e imposta ao público.* 1. Interesse cientifico e prático na distinção 2.

Direito interespacial e direito intertemporal

§ 3.602. *Órgãos das pessoas jurÍdicas.* 1. Sociedades por ações . 2.Outros tipos de sociedade

§ 3.603. *Anulabilidades* . 1. Vícios de vontade. 2. Prescrição ....

§ 3.604. *Promessa ao público e simulação.* 1. Publicidade, elemento de existência. 2. Recepção e simulação

§ 3.605. *Negócios jurídicos unilaterais e sínteses a respeito do seu conceito.* 1. Precisões. 2. Beneficiário

§ 3.606. *Conclusões sobre o problema geral dos negócios jurídicos unilaterais.* 1. Primeira conclusão. 2. Lei e atos jurídicos. 3. Indivíduos com sociedade

§ 3.607. *Posição do problema.* 1. Considerações preliminares. 2. Elementos históricos e seu valor. 3.

Métodos de investigação. 4.Apreciação de alguns dados históricos

§ 3.608. *Análise das espécies.* 1. Vida diária e promessas. 2. Promessa de recompensa e ação. 3. Promessa de recompensa por descoberta de autor de crime

§ 3.609. *Nome do instituto.* 1. Dados conceptuais. 2. Prática da promessa de recompensa na vida brasileira

§ 3.610. *Interpretações do direito romano.* 1. Teorias negadoras da existência, no direito antigo, de declarações unilaterais de vontade vinculativas. 2. Teorias afirmativas da existência das declarações unilaterais de vontade vinculativas. 3. Posição definitiva do problema

§ 3.611. *Pressupostos da promessa de recompensa.* 1. Lugar da manifestação da vontade. 2. “Pollicitatio” e oferta ao público. 3. “Votum”

§ 3.612. *Direito comum alemão.* 1. Vincularidade das manifestações unilaterais de vontade. 2. Precedentes legislativos. 3. Aplicações dos princípios. 4. Textos mais relevantes. 5. Direito brasileiro

§ 3.613. *As duas teorias principais.* 1. Teoria contratualistica da promessa de recompensa e teoria da policitação . 2. Variantes das teorias contratualisticas

§ 3.614. *Posição do problema após as críticas às teorias contratualisticas.* 1. Comparação de institutos. 2.

Atenção à posição do figurante, dado insuficiente para explicação. 3. Alusão ao contrato de obra e ao de empreitada. 4. Atenuação da atitude contratualística

§ 3.615. *Posição do problema após as criticas às teorias unilateralisticas.* 1. Remissões ao direito sobre a

"pollicitatio". 2. Extrapolação do unilateralismo. 3. Atenuação da teoria unilateralistica. 4. Outra atitude. 5.

Conclusões do exame critico

CAPÍTULO II

ESPÉCIES DE PROMESSA DE RECOMPENSA

§ 3.616.

1 3.617.

CAPÍTULO X

CONSIDERAÇÕES FINAL

Espécies e tipos. 1. Espécies principais. 2. Discriminação das três espécies

Combinação de espécies. 1. Dados para as combinações. 2. Pluralidade de satisfaz credores sem pluralidade de recompensa

CAPÍTULO III

VINCULAÇÃO PELA PROMESSA DE RECOMPENSA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

1.512. 3. Pressupostos necessários da promessa de recompensa.

4 (1). A publicidade. 5 (II). Designação do negócio ou da ação que se pretende. 6 (III>. Designação do que se dará a quem se legitimar, pelo ato positivo ou negativo, ou execução do serviço. 7. Pressupostos comuns aos negócios jurídicos ..

§ 3.619. *Pressuposto da publicidade.* 1. Precedentes legislativos. 2. Precisões. 3. Elementos circunstanciais

§ 3.620. *Fornut da promessa de recompensa.* 1. Escritura e oralidade; mecanicidade. 2. Problema da solenidade. 3. Forma e exigências de instrumento público

§ 3.621. *Possibilidade de recepção e publicidade bastante.* 1. Receptibilidade "a priori". 2. Receptibilidade pelo "alter"

§ 3.622. *Promessa pessoal e promessa tácita ou real.* 1. Conceitos. 2.Diferenças entre a promessa pessoal e a promessa real

§ 3.623. *Promessas em aparelhos ou máquinas automáticas.* 1. Promessas ao público e automáticos. 2.

Promessas de recompensa em aparelhos e jogo

3.624. *Nulidades e anulabilidades das promessas de recompensa.* 1.Nulidades. 2. Falta de seriedade. 3.

Relativamente incapazes. 4. Capacidade e validade. 5. Ratificação. 6. Mulher casada e poder de dispor

§ 3.625. *Capacidade do legitimado à recompensa.* 1. Preliminares2. Incapazes e aquisição

§ 3.626. *Licitude do ato, positivo ou negativo que se quer recompensar* 1.Exigências de seriedade e licitude.

2. Atos recompensáveis .. .

§ 3.627. *Pretensão de quem praticou o ato positivo ou negativo recompensável.* 1. Texto legal a respeito da pretensão do "unus ex publico". 2. Interesse do recompensado não é pressuposto de aquisição da pretensão.

3. Não são pressupostos a utilidade do ato e o conhecimento da promessa. 4. Interesse e conhecimento, falta; problemas que surgem. 5. Legitimação ativa. 6. Posição jurídica de quem pratica o ato e de. quem recebe a recompensa. 7. Dispositividade do art. 1.513, 2. parte, do Código Civil. 8. Promessa de recompensa e interesse do promitente. 9.Ação recompensável

§ 3.628. *Recompensa determinável.* 1. Determinação ou determinabilidade da recompensa. 2. Interpretação de cláusulas .

§ 3.629. *Lugar da entrega da recompensa.* 1. Determinação do lugar de entrega. 2. Concursos

§ 3.630. *Promessa do recompensa e revogabilidade.* 1. Elaboração do art. 1.514 do Código Civil. 2. Fonte das regras jurídicas do Código Civil, art. 1.514. 3. Problema técnico da regra jurídica sobre revogabilidade. 4.

Diferenças entre as soluções legislativas. 5. Solução do Código Civil brasileiro. 6. Irrevogabilidade voluntária. 7. Irrevogabilização em conseqüência de ter nascido a pretensão do "unus ex publico". 8.

Indenização no caso de revogação ou de tentativa de revogação antes da prática do ato recompensável. 9.

Indenização em caso de tentativa de revogação depois de estar praticado o ato recompensável.10.Prova

§ 3.631. *Pluralidade subjetiva e recompensa.* 1. Pluralidade de executores. 2. Prioridade e simultaneidade da prática recompensável. 3. Dados do problema.

§ 3.632. *Pluralidade de legitimados à recompensa e direito positivo.*

.1.Texto, elaboração e fontes do art. 1.515 do Código Civil.2.Pluralidade de legitimados se o prêmio é indivisível e à natureza dele repugna o sorteio. 3. Divisibilidade e indivisibilidade. 4. Sorteio. 5. Modo de sorteio. 6. Quem procede ao sorteio

§ 3.633. *Colaboração no mesmo ato- recompensável e pluralidade subjetiva.* 1. Posição do problema. 2.

Solução do problema em geral

§ 3.634. *Legitimação ativa e apreciação dela.* 1. Quem aprecia a legitimação ativa. 2. Morte do promitente

§ 3.635. *Ações dos legitimados ativos.* 1. Ação para se apreciar a legitimação ativa. 2. Ação contra a decisão pelo promitente *ou* por outra pessoa. 3. Ação para haver a recompensa .

PARTE V

Concurso

CAPÍTULO 1

CONCEITO E NATUREZA DOS CONCURSOS

§ 3.636. *O que é concurso.* 1. Preliminares. 2. Natureza do concurso.3.Finalidade do concurso. 4. Origens no direito moderno.5.Promessa de recompensa e concurso

§ 3.637. *Regras jurídicas do Código Civil, texto e fontes.* 1.Código Civil, art. 1.516 e *§§* 1.0, 2.0 e 3~O~ 2.

Código Civil,art. 1.517356

CAPÍTULO II

PRESSUPOSTOS DO CONCURSO

§ 3.638. *Elementos da construção jurídica.* 1. Pressupostos conceptuais.2.Interesse por parte do concorrente.

3. Exigências legais para o concurso do negócio jurídico unilateral. 4. Necessariedade do prazo. 5. Prazo para a realização do concurso. 6. Conseqüências da necessariedade do prazo. 7. O que se aprecia no concurso

§ 3.639. *Concurso e público.* 1. Círculos sociais e direção da promessa.2.Promitente incluso no circulo de concorrentes. 3. Pequenos círculos e concursos

§ 3.640. *Prêmios e concurso.* 1. Unidade de prêmio e pluralidade de prêmios . 2. Pluralidade e espécies heterogêneas

CAPÍTULO III

APRESENTAÇÃO DOS CONCORRENTES E MODO DE PROCEDER-SE AO CONCURSO

§ 3.641.

§ 3.642.

Apresentação e formos de apresentação. 1. Concorrer e apresentar-se. 2. Retirada do concorrente *Procedimento.* 1. Modo de proceder-se ao concurso. 2. Concursos sem prévia promessa ao público. 3. Fases no procedimento do concurso. 4. Eliminações de concorrentes e eliminações de apresentados CAPITULO IV

JULGAMENTO DOS CONCURSOS

3.643. *Necessidade da apreciação* . 1. Apreciação ou julgamento. 2.Função do juiz ou do júri. 3. Designação do juiz ou do júri. 4. Julgamento por terceiro. 5. Outra instancia . 6. Falta do juiz ou dos juizes ou de algum ou alguns deles .

§ 3.644. *Função de julgamento do concurso.* 1. Princípios. 2. Irradiação do julgamento. 3. Renúncia. 4.

Posição jurídica do julgador ou dos julgadores do concurso

§ 3.645. *Atacabilidade da decisão.* 1. Precisões. 2. Eficácia da decisão dos juizes do concurso. 3. Reabertura de concurso e classificação, qualquer que seja o número de vencedores. 4.Pluralidade de prêmios
CAPITULO V

TRANSFERÊNCIAS CONSEQÜENTES AO CONCURSO

§ 3.646. *Obras e prêmios.* 1. Precisões indispensáveis. 2. Limites à incidência da regra jurídica

§ 3.647. *Obras, se o concurso se refere a elas.* 1. Espécies. 2. Pressupostos da transferência 3.648. *Regras jurídicas concorrentes aos concursos para publicações periódicas.* 1. Revistas e outros periódicos. 2. Particularidade

§ 3.649. *Títulos de campeão sem imediata promessa prévia.* 1. Concursos de disputa duradoura. 2. Público e disputa por superar título conferido

Título XIII

NEGÓCIOS JURÍDICOS UNILATERAIS

CAPITULO VI

§ 3.650.

§ 3.651.

AÇÕES DOS INTERESSADOS, AÇÕES DO VENCEDOR NO CONCURSO OU DOS VENCEDORES

NO CONCURSO

Ações dos interessados, antes do concurso. 1. Vincularidade e público interessado. 2. Não-realização do concurso .

Espécies de inadimplemento. 1. Não-realização do concurso e realização sem adimplemento. 2. Ações preventivas e preceituais; ações mandamentais e de posse

CAPITULO VII

CONCLUSÃO

Vincularidade do ato unilateral. 1. Perspectiva. 2. Unilateralidade e vinculação *Problema técnico da revogabilidade.* 1. Revogabilidade e revogação. 2. Possibilidade das promessas unilaterais. 3. Proposições finais

§ 3.652.

§ 3.653.

CONCEITO E NATUREZA DOS NEGÓCIOS JURíDICOS UNILATERAIS

§ 3.566. Conceito e estrutura

1.NEGÓCIO JURÍDICO UNILATERAL E MANIFESTAÇÃO DE VONTADE. Diz-se unilateral o negócio jurídico quando a manifestação de vontade de alguém entra no mundo jurídico e se faz negocio jurídico sem que precise ou venha a

precisar de qualquer manifestação de vontade de outrem para o completar.

Nas origens, o negocio jurídico unilateral e emanação do primitivo

direito germânico, que desconhecia o contrato, o *consensus* do direito romano. Nesse, os negócios jurídicos unilaterais, que vieram a existir, entroncaram-se em contratos, como aconteceu com o próprio *testamento.* Foi devido a isso que o direito romano, conforme antes dissemos (Tomo III, § 279) via mais o credor que o devedor, e o direito germânico , mesmo nos contratos, sempre viu mais o devedor que o credor.

Advirta-se que, nos conceitos de negócio jurídico unilateral e de negócio jurídico bilateral, o que está em exame é a *composição* deles, e não a *eficácia.*

Quanto à eficácia, há os negócios jurídicos unilaterais *absolutos* (absolutidade eficacial) e os negócios jurídicos *relativos.* Dizem-se absolutos (expressão de 3. BRE1T, em 1903, Zur Lehre vom Rechtsgeschâft, 1.

Das einseitige Rechtsgeschãft, *Súclisisclies Archir,* 13, 297), ou, melhor, eficacialmente absolutos, se nenhuma repercussão têm na ordinariedade dos casos na esfera jurídica de outrem. É o que ocorre com *a derreliação* e *a renúncia.* Os outros, não: a esfera jurídica de outrem recebe efeitos, na ordinariedade dos casos, como se dá com o *reconhecimento, a denúncia* e a *revogação.* Quem reconhece direito, pretensão, ação, ou exceção, de que outrem é titular, embora só unilateralmente manifeste vontade, atinge a esfera jurídica do titular do direito, da pretensão, da ação, ou da exceção reconhecida. Quem denuncia desconstitui *ex nune,* ou no futuro. Quem revoga retira a própria voz, de modo que há repercussão na esfera jurídica de quem contava com a permanência da *voz.* A *outorga de poder* é negócio jurídico unilateral.

2.UNILATERALIDADE E TIPICTICADE POS NEGÓCIOS JURÍDICOS. A promessa unilateral de prestação de regra cria dever e obriga. A hostilidade de sistemas jurídicos aos negócios jurídicos unilaterais, a falta de estudo profundo dos negócios jurídicos para se apontarem aqueles que são unilaterais e só o arraigado contratualismo não permitia que fossem vistos como tais, tudo isso levou a proposições que não se coadunam, de modo nenhum, com os princípios básicos do sistema jurídico brasileiro.

As espécies de negócios jurídicos unilaterais não têm caráter exclusivo, como não o têm as espécies de negócios jurídicos bilaterais, notadamente os *contratos.*

O que se pode afirmar é que a modificabilidade , por auto regramento da vontade, dos tipos legais dos negócios jurídicos unilaterais, não é t&o fácil, tão pertinente, tão permitida, como a modificabilidade dos tipos legais dos negócios jurídicos unilaterais. Porém foi exagero de A. VON TTJHR <*Der Aligerneine Teu,* II, 180), levado por passagem de GARI CROME *(Systern,* 1, 343 s.), dizer que, para os negócios jurídicos unilaterais, rege o princípio de que os tipos legais não podem ser modificados. Ora, os próprios textos legais permitem, por vezes. modificações, e tal modificabilidade, só restrita, também se encontra a respeito de negócios jurídicos bilaterais. As razões para a rigidez dos tipos legais são razões que não derivam da unilateralidade, mas sim „do interesse público em que haja a tipicidade, mais ou menos rija.

Por outro lado, a unilateralidade restringe, até certo ponto, a possibilidade das promessas de prestações. Daí para se poder aventurar que só há negócios jurídicos unilaterais *nominados* ou *típicos* longa distância vai.

Compreende-se que sistemas jurídicos, como o italiano, hostis aos negócios jurídicos unilaterais e afeitos, multissularmente, a negar a unilateralidade de alguns, como a dos negócios jurídicos cambiários, hajam chegado a pôr em lei regra jurídica como a do art. 1.987 do Código Civil italiano: “a promessa unilateral di una prestazione non produce effetti obbligatori fuori dei casi aminessi daila legge”. Constrangidos a reconhecer que existem negócios jurídicos unilaterais, os legisladores italianos renderam-se diante da ciência, mas escreveram essas palavras, acima citadas, que soam como confissão da permanência da hostilidade aos negócios jurídicos unilaterais.

Auto regramento da vontade, dito autonomia da vontade, tanto há de haver para negócios jurídicos bilaterais quanto para negócios jurídicos unilaterais. t inadmissível o argumento de que a eficácia dos negócios jurídicos unilaterais influi normalmente no patrimônio de terceiro e a lei tem de cogitar de regramento estrito e salvaguardar os interesses dos terceiros. Os negócios jurídicos unilaterais, em princípio, de modo nenhum atingem a esfera jurídica de terceiro, salvo para lhes dar direito, pretensão, ação ou exceção. Outro argumento também há de ser repelido: o de que em todo direito há relação jurídica, portanto dois pólos, e não se justifica facilitar-se a obrigatoriedade das promessas unilaterais.

No correr da exposição teremos ensejo de mostrar, repetidas vezes e cada vez mais fundamentadamente, que a unilateralidade, a que se alude, é da *fonte* da relação jurídica, ou das relações jurídicas. A distinção

"unilateral, bilateral" nada tem com as relações jurídicas, porque essas, como todas as relações, se referem, se reportam, se relatam, sendo-lhes essencial a bilateralidade, os dois lados, os dois pólos.

O promitente, nas manifestações unilaterais de vontade, vincula-se; não vincula a pessoa a quem se dirige, ou o *unus ex publico* <Tomos XII, § 1.323, 1; XIII, § 1.431, 8; XX, § .2.512; 2). Esse o ponto principal e os que alimentavam com o argumento da invasão da esfera jurídica alheia a hostilidade aos negócios jurídicos unilaterais procediam como se ignorassem Esse ponto. O vínculo supõe bilateralidade, porque é relação. É o *efeito* primordial. Pergunta-5e ~ a quem se vincula o promitente? Ao público, no sentido de circulo de pessoas a que foi dirigida *a* promessa unilateral.

A doutrina que exige, para que alguém se obrigue, que outrem, o oblato, manifeste vontade, revela quão obsoleta é.

Por vezes, o que reforçava a hostilidade aos negócios jurídicos unilaterais era falta de causa que freqüentemente neles ocorre. Alguns sistemas jurídicos foram e continuam de ser hostis aos negócios jurídicos abstratos (cf. Tomos XXII,

~2.763-2.766; XXIII, ~§,~2.822, 2, 2.827, 9, 2.853, 4; XXV, §§ 3.011, 3.013, 1, 3.039, 2; e XXVI, § 3.141, 1).

§ 3.561 Espécies de negócios jurídicos unilaterais

1.PRELIMINARES. Os negócios jurídicos unilaterais ou produzem desde logo todos os seus efeitos, ou contêm apenas promessa. As promessas geram deveres e obrigações, a que correspondem direitos e pretensões, ações e, por vezes , só exceções. Os negócios jurídicos unilaterais que extinguem direitos, pretensões, ações ou exceções não são promessas:

a eficácia divestitiva é independente de qualquer relação jurídica obrigacional, que se houvesse de formar.

Dá-se o mesmo com os negócios jurídicos unilaterais, de que só se irradia eficácia real.

Negócios jurídicos unilaterais absolutos:

a) Renúncia.

b) Derrelicção .

Negócios jurídicos unilaterais relativos:

a)Denúncia.

b)Reconhecimento.

c)Revogação.

d)Assentimento a ato de outrem.

e)Outorga de poder.

f)Negócio institutivo de fundação.

g)Ato unilateral constitutivo de hipoteca.

h)Ato unilateral constitutivo de penhor.

i)Remissão unilateral de dívida.

j)Traspasso bancário.

k)Promessas unilaterais, inclusive em títulos ao portador e endossáveis.

2.RENÚNCIA. *Renúncia* é ato de disposição. Extingue-se direito, pretensão, ação ou exceção do renunciante. Qual a repercussão que a renúncia tem na esfera jurídica de outrem depende, não da renúncia em si, mas do que, por fora, se ligou à renúncia. *E. g., a* renúncia do sócio pode ter, ou não, a *eficácia anexa* de dissolver a sociedade.

Sobre renúncia, Tomos III, §§ 279, 251, 10; IV, §§ 877, 1. 428, 474, 3, 484, 5; V, § 542, 1; VI, §§ 629, 633, 4, 664, 1. 686, 4, 689-695; VII, § 811, 4; IX, § 1.001, 1; XI, §§ 1.178, 6, 1,226, 2, 1.234, 1.252; XII, §§ 1.292, 11, 1.300, 2, 3, 1.301, 3, 1.410, 3, 1.418, 1; XIII, § 1.544, 4; XIV, § 1.594, 1.595, 1.602.- -1.604,1.621, 4, 1.624, 1.642; XV, §§ 1.782, 1.783, 1.795, 4; XVI, §§ 1.852, 3, 1.854, 2, 1.898; 3, 1.920, 1.971, 1.994, 2.002;

~XVI §§ 2.011, 2, 2.021, 4, 2.025, 2, 4, 2.031, 2.039, 2.042, 2, 2.125, 2; XVIII, §§ 2.144, 2.151, 2.227, 6, 2.228, 3, 4, 2.229, 1; XIX, §§ 2.298, 2.317, 2, 2.332, 2.384, 9, 2.406; XX, §§ 2.432, 2.480, 1, 2.505,

2.416, 4, 2.520, 2.537, 5, 2.538; XXI, §§ 2.598, 2.624, 4, 2.627, 4; XXII, §§ 2.680, 7, 2.699, 1, 2.739, 4; XXIII. §§ 2.82"Z, 4.; XXIV, §§ 2.050, 8; 2.915, 4, 2.952, 2, 2.982, 2, 2.993; XXV, §§ 3.010, 3, 3.031, 3, 3.080, 3, 8.082, 3.091, 17; XXVI, §§ 3.201, 1, 3.161, 3; XXVIII, § 3.361, 3.

3.DERRELIÇAO . *Derrelição* é ato de disposição das coisas móveis, sem que seja para outrem adquirir. Se acontece que outrem adquire, é eventualidade. Quem derrelinque precisa ter poder de dispor. Não importa se, depois do ato de derrelicção, a coisa se torna *res nutijus,* ou não. Trata-se de negócio jurídico unilateral eficacialmente absoluto. Não há bilateralidade; portanto, não há pensar-se em contraprestação. O ato de *comunização,* praticado pelo Estado (= o ato pelo qual o Estado torna *res communis onínium* o que era dele, ou de alguém) é negócio jurídico unilateral, parecido porém não idêntico à derrelicção (Tomo XV, § 1.778, 6).

Sobre a derrelicção, Tomos II, § 159, *in fine;* III, §§ 279, 1, 251, 10; IV, §§ 385, 1, 417, 2, 474, 8; XV, §§

1.662, 3, 1.734,2, 1.778, 1.779, 1.790, 2; XVI, 1.852, 3.

4.DENÚNCIA. *Denúncia* é conteúdo de direito de extinção; por elipse, o próprio direito de extinção. Ou é *vazia,* ou é *cheia* (Torno XXV, § 3.081, 2). Çom a denúncia, faz-se cessar relação jurídica. Pré-exclui-se a continuação, porque não está estabelecida como vinculativa. No conceituar a denúncia, a ciência pôde superar a terminologia dos sistemas jurídicos, inclusive da doutrina alemã (Tomo XXV, § 3.081, 8).

Sobre denúncia, Tomos III, §§ 253, 5, 261, 1,279, 1, 251, 10; VI, §§ 665, 13, 650,2; 670, 2; XIII, §§ 1.530, 4, 1.489, 2; XXI, § 2.595, 6; XXII, § 2.755; XXIII, §§ 2.772, 7-9; 2.805; XXV, §§ 3.032, 2, 3.054, 3.073, 2, 3.074, 1, 3.081-3.085, 3.094, 1.

5.RECONHECIMENTO NEGOCIAL UNILATERAL. *Reconhecimento,* negócio jurídico unilateral, é negócio jurídico cognoscitivo, em que o fato de reconhecer, de declarar, de enunciado de conhecimento, se incrusta em manifestação de vontade, a ponto de se compor o suporte fático de emissão de elemento volitivo que entra no mundo jurídico como *negotium,* e não como ato-fato jurídico, nem corno ato jurídico *stricto sensu* (cf. Tomos II, § 287, 2, 239; III, §§ 251, 10, 270, 5, 278, 1; IV, § 407, 1; XVIII, § 2.204, 7, 11; XX, §

2.555; 20(11, §§ 2.763, 2.764, 9; XXIV, § 2.984, 2; XXV, §§ 3.020, 2, 3.021, 3.042, 1, 3.044, 1).

Surpreende que hajam negado a possibilidade de *negócio jurídico* de reconhecimento e mais ainda quem hoje a negue *(e. g.,* CARLO FURNO, *Accertamento convt"flZiOflOde e 0012-fessione stragiudiciale,* 117 5.; Promessa di pagamento e reco" gnizione di debito, *Rivista trim,estrale di Diritto e Procedura* ei *vile,* IV, 90

s.; LuíGI MONTESANO, Nota suila natura giuridica della confessione, *Giur. co"mnpl. Cassazione civile,* 1948, III, 128, 157; Confessione e abstrazione processuale, *Rivista di Diritto Processuale,* VI, Parte 1, 66).

Mais ainda espanta que haja quem negue a possível unilateralidade do negócio jurídico.

6.REVOGAÇÃO. *Revogação* é retirada dá *voz.* Se a *vox,* a manifestação de vontade, é retirável, a manifestação de vontade, a outra *voz,* com que se retira, é *revogação.* Se a manifestação de vontade revogável foi negócio jurídico unilateral, ou se compôs, com a manifestação de vontade de outrem, negócio jurídico bilateral, não importa, uma vez que, *ex hypothesi,* cabe a revogação. Em toda esta obra tivemos o máximo cuidado em que a terminologia jurídica fosse escorreita e a propósito da revogação tivemos ensejo de precisões esclarecedoras (cf. Tomos 1, §§ 34, 36, 38, 2; II, § 236; III, §§ 249, 2, 255, 3, 261, 1, 305, 1, 314, 5, 317, 6, 326, 6, 321, 1; IV, §§ 865, 5, 382, 3; V, §§ 507, 531, 3, 584, 1; VII, § 779, 6; VIII, §§ 855, 8, 864; XI, §§ 1.206, 9; 1.244, 3, 1.243, 2; XII, § 1.414; XIII, § 1.489, 2; XV, § 1.728, 2; XXIII, 2.803, 4, 2.807, 1, 2.812, 6, 2.831; XXV, §§ 3.054, 3, 3.075, 3.076, 3.077; XXVI, § .3.186, 3; XXVIII, § 3.354, 5; XXIX, §

3.377, 2).

7.ASSENTIMENTO A ATO DE OUTREM. *Assentimento a ato de outrem* é a manifesta~Ao de vontade de alguém, sem a qual é deficiente o suporte fáctico do ato jurídico *stricto sensu* ou do negócio jurídico de que outrem é figurante. Quando a po sição de quem está na composição do negócio jurídico, ou do ato jurídico *stricto sensu,* é a mesma, há consentimento, e não assentimento. O *consentimento* de alguém no negócio jurídico de outrem é configuração: ambos são figurantes. Se se trata de configuração em negócio jurídico unilateral, ou em negócio jurídico bilateral, depende da espécie. No negócio jurídico unilateral renúncia, por exemplo em que figuram cônjuges, há consentimento de ambos. No negócio jurídico bilateral, *e. g.,* compra-

e-venda de imóveis, em que um dos cônjuges tem de assentir, a manifestação do assentinte é manifestação unilateral de vontade, a despeito da bilateralidade do negócio jurídico de compra-e-venda. Na renúncia, que é negócio jurídico unilateral, o assentimento é negócio jurídico unilateral para negócio jurídico unilateral. Muito diferente é o que se passa se os cônjuges prometem recompensa, consistente em bem imóvel, pois aí são figurantes de negócio jurídico unilateral. Cf. Tomos II, § 159, *in fine* (tabela) ; VIII, §§

849, 3, 855, 13.

8.OUTORGA DE PODER. *Outorga de poder* é negócio jurídico unilateral <II, § 159, *in fine;* III, §§ 314, 5, 317, 6; IV, § 474). Dá-se, negocialmente, o poder. Os podêres ou são outorgados por lei, ou negocialmente, ou judicialmente. De qualquer modo, há unilateralidade. Se o poder, é contraprestação, ou prestação, a outorga de poder é contraprestação ou prestação, porém não se torna negócio jurídico bilateral: a divida ou obrigação de .outorgar é que pode resultar do negócio jurídico bilateral (divida ou obrigação de fazer).

9.NEGÓCIO INSTITUTIVO DE FUNDAÇÃO. *Negócio irustitutivo de fundação* é negócio jurídico unilateral, no qual, de regra, há a criação da fundação, com a dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina e dizendo, se o quer, como se há de administrar (Código Civil, mi. 24). Trata-se de negócio jurídico unilateral, e não de promessa unilateral, posto que se posta conceber promessa de instituir fundação, inclusive, condicionalmente, com parte da herança, ou legado. Mesmo se a dotação consiste em títulos contra o fundador ou instituidor, ou promessas, tais títulos ou promessas são objeto da dotação, não são, sequer, a dotação em si. A assunção da obrigação de criar fundação seria negócio jurídico diferente, ainda que só se concebesse unilateralmente, o que é possível. Cf. Tomo 1, §§ 102-111.

Cumpre distinguir-se do ato institutivo da fundação, negócio jurídico unilateral, o ato de dotação, posto que também Me seja negócio jurídico unilateral. No sistema jurídico brasileiro, a lei exige a simultaneidade dos dois negócios jurídicos, porém isso só formalmente os unifica, bem que o ato de dotação seja elemento do suporte fáctico do ato institutivo da fundação.

10.CONSTITUIÇÃO UNILATERAL DE HIPOTECA. *Hipoteca constituída unilateralmente* é aquela em que o dono do bem imóvel ou outro titular

de direito hipotecável, sem que se precise de *acordo de constituição,* dá a garantia real. A de garantia real que não depende de aceitação de titular do direito garantido pode ser unilateramente feita. O negócio jurídico unilateral pode ser em vida do constituinte da hipoteca. ou em testamento. No Código Civil italiano, art. 2.821, alínea 2.ª, pré-excluiu-se a constituição da hipoteca em testamento, mas, *de iure condendo,* nenhuma razão Má, plausível, para tal limitação legal.

Em nenhuma passagem do Código Civil brasileiro se exigiu a bilateralidade do negócio jurídico de constituição de hipoteca, nem, tio-pouco, se vedou a constituição em testamento. Aliás, mesmo onde se proiba tal constituição em testamento, não se há de entender vedada a imposição ao herdeiro ou ao legatário de constituir hipoteca.

A declaração unilateral de vontade do devedor ou do terceiro dador basta para que se faça a inscrição da hipoteca. Se houve acordo de constituição (negócio jurídico bilateral), há irrevogabilidade desde o momento em que se conclui. Em todo caso, a inscrição de outro acordo de constituição ou de algum ato constitutivo unilateral fecha portas à inscrição daquele. Se o negócio jurídico é unilateral, surge a questão do momento em que começa a *irrevogabilidade.* A resposta que se há de dar é a de poder ser revogada a declaração feita em escritura pública enquanto não se *comunica ao credor,* ou não se *procede à inscrição.* Há analogia com o art.

1.514 do Código Civil, concernente à promessa de recompensa. Salvo se, ao constituir a hipoteca, o dador afastou a revogabilidade.

11.CONSTITUIÇÃO UNILATERAL DE PENHOR. *Ato unilateral constitutivo de penhor* é aquele pelo qual alguém, em ato para eficácia em vida, ou em testamento, cria a favor de outrem garantia real pignoraticia. Tratando-se de testamento (Tomo XX, § 2.571), é fácil explicar-se como se estabelece a situação possessória, que em principio é elemento necessário à constituição do penhor (Código Civil, arts.

768 e 769; Tomo XX, § 2.561). O que devemos assentar é que o dador unilateral de penhor precisa, para que se constitua o penhor, de comunicar ao beneficiado o seu ato de constituição: então, há a transmissão da posse imediata, ou da posse mediata, conforme a espécie (Tomo XX, § 2.569). Se o credor não quer a posse, há renúncia ao penhor.

12.REMISSÃO UNILATERAL DE DIVIDA. *Remissão unilateral de divida*

é negócio jurídico unilateral, em que a manifestação de vontade tem de ser *recebida.* Tal declaração de vontade receptícia exige *poder de dispor* e *capacidade de adquirir,* por parte do devedor (Código Civil, art. 1.053; Torno XXV, § 3.012; cf. L.

COHN, Erlass und Verzicht, *Gruchots Beitróge,* 47, 287).

13.TRASPASSO BANCÁRIO. O *traspasso bancário,* o "bancogiro" dos escritores italianos, é a manifestação de vontade unilateral feita ao banco, em que tem depósito bancário o manifestante, para que se passe à conta corrente de outrem, ou se abra crédito a outrem, com o que se tem como parte do depósito bancário ou com todo ele. Transfere-se pecúnia. Em tal manifestação há exercício de direito contra o banco e dação a outrem. Em vez de ato de transmissão, como se daria com a emissão do cheque, há a declaração unilateral de vontade, inconfundível com o negócio subjacente entre o manifestante da vontade e o banco.

Não há promessa de transmissão, há ordem de transmissão, em declaração unilateral de vontade, a favor da pessOa em cuja conta se vai lançar o que se retira à conta corrente do manifestante. Lamentavelmente, os juristas soem confundir a ordem do banco, que é obrigado a proceder à transferência, com a manifestação de vontade que a ordem e o seu cumprimento integram *(e.* g., GERARDO SANTINI, *Ii Banco-giro,* 80 s.).

14.PROMESSAS UNILATERAIS. *Promessa unilateral* é a promessa que somente faz uma pessoa, ou duas ou mais pessoas, a outrem, sem que a outra pessoa prometa ou contra preste.

As promessas unilaterais são eficazes desde que se enquadrem nos princípios gerais do direito das obrigações

, o que de jeito nenhum significa que só existam, no direito, promessas unilaterais típicas.

Os negócios jurídicos unilaterais de que se irradiam dividas e obrigações são promessas. Deles muito se distinguem aqueles negócios jurídicos unilaterais que têm eficácia real, ou de algum modo produzem efeitos de extinção de direito. O promitente tem de prestar a outra pessoa, determinada ou determinável, pois fica vinculado independentemente de qualquer manifestação de vontade do destinatário.

A hostilidade à promessa unilateral provém do apego à *stipulatio* romana, por parte dos povos que se prenderam à tradição românica. Na Itália, a atitude de A. SCIALOJA *(Saggi di vario diritto,* 59s. e 121) foi singular; e não houve a receptividade de que deu mostras o Brasil, muito antes.

Por outro lado, a reação dos sistemas jurídicos europeus, excetuados poucos, aos negócios jurídicos abstratos revelou-se também como reação às promessas unilaterais, por serem, de regra, abstratas. Nas promessas ao público, não se pode dizer que a causa não apareça freqüentemente, porém nem por isso se evitou a atitude de repulsa.

A promessa, como dado físico, tem sido assaz estudada por alguns filósofos e psicólogos, entre eles TtimDoR LIPPE *(Leitfaden der Pó-ychologie,* 2.‟ ed., 208 s.; *Die ethische Grundiragen,* 2.‟ ed., 152 s.) e ADOLF REINACE *(Die aprioristiacheu Grundlagen des Biirgerlichen „Rechts,* 34-46, 58 s.). Para o primeiro, a promessa é apenas exteriorização da vontade de fazer algo no interesse de outrem. No sentimento e tendência para a objetividade, que é comum, assenta o fenômeno da obrigatoriedade, do "deve". Para WILHELM SCHUPPE tem preponderância o elemento representado pela anormalidade da variação; de modo que a vincularidade do negócio não se funda senão na importância da vontade jurídica objetiva, quer

"quer" a irrevogabilidade (WILHELM SCHUPPE, *Grundzúge der Ethik und Rechtsphilosophie,* 304 s.).

É interessante observar-se que, na origem das concordatas está negócio jurídico unilateral dos credores (Ordenações Afonsinas, Livro III, Título 121, §§ 2, 3 e 4; Tomo XXX, §§ 3.452, 4, e 3.453, 1). É de perguntar-se se, hoje, podem os credores unilateralmente dar o adiamento, o *respiro,* e qual a sua eficácia *(adiamento unilateral pelos credores).* Unanimimente , sim. Desde que os credores se vincularam, não podem cobrar sem‟ respeito das indúcias unilateralmente manifestadas.

Afinal, vejamos as teorias que pretenderam explicar a promessa de recompensa.

A discussão assume, nos escritores, caráter elevadíssimo, e quase toda a ciência do direito é chamada ao inquérito, que,. durante um século, se abriu sobre a natureza da *Auslobung* (promessa de recompensa) e das outras promessas unilaterais.

Além dos institutos semelhantes, há os *negócios jurídicos mistos,* muitos

deles negócios jurídicos unilaterais que são mistos com promessas ao público, ou promessas ao público mistas com negócios jurídicos bilaterais.

Cumpre que se não confundam as promessas ao público com o negócio jurídico que acontece ser indispensável ao adimplemento da obrigação do promitente quando não se trata de 814 e 815; Tomos XX, §

2.428, e XXI, 2.611, 6). Bem assim,as *remições de penhor* e *de anticrese* (Tomo XX, § 2.428, 2,simples pagamento. Teremos ensejo de examinar todas essas espécies. *in tine).* São atos fatos jurídicos, embora possa preceder o processo de remição de que cogita o ad. 815, §§ 1? e 2.0, do § 3768. Institutos semelhantes e outros fatos jurídicos Código Civil.

1.NEGÓCIOS JURíDICOS E OUTROS FATOS JURíDICOS QUE ERRADAMENTE SE TÊM POR

UNILATERAIS. Por vezes legislações e juristas apontam negócios jurídicos como unilaterais sem que eles o sejam. A propósito, por exemplo, da liberação dos bens hipotecados se o terceiro adquirente não é sujeito ao respeito da garantia, não há negócio jurídico unilateral no ato do terceiro. Tudo se passa no plano dos atos jurídicos *stricto sensu* ou do pedido de cancelamento da inscrição.

De antemão, frisemos que a promessa ao público, a círculo de pessoas, é a espécie mais freqüente de promessa unilateral, sem que se afaste a possibilidade da promessa não unilateral ao público, posto que dificilmente construível A promessa a pessoa determinada pode ser, em casos especialissimos, unilateral, como se A se quer vincular a E, sem qualquer dependência de ato de aceitação por parte de E *(z* sem bilateralização). Teremos ensejo de ferir Esses assuntos, que concernem à superfície, digamos assim, e ao fundo, ao mais fundo, do direito.

Se o direito acolhe a doutrina da promessa de recompensa, como negócio jurídico unilateral, *se feita ao público,* não se compreende que pré-exclua, de maneira radical, a possibilidade de vincularidade se a promessa de recompensa é feita, unilateralmente, a pessoa determinada. ~ Por que havia de ser vinculativa a promessa a quem vai disputar com E, C e D o campeonato, e não o há de ser a promessa a B, que pode tentar.

o recorde de tempo na viagem de barco do Rio de Janeiro a Santos, ou de automóvel a Brasília ? Não é preciso alegar-se e provar-se o interesse do promitente, ou de E, e pode acontecer que B já haja

partido.

2.ESPÉCIES PRINCIPAIS. As *remições de hipoteca,* quer pelo credor de posterior hipoteca, quer pelo adquirente do imóvel hipotecado, não são negócios jurídicos unilaterais em exercício de direito formativo extintivo (cf. Código Civil, arts. 766,

EFICÁCIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS UNILATERAIS

§ 3.569. Unilateralidade e eficácia

1. PRECISÕES. Quando se fala de eficácia de negócio jurídico unilateral, o que mais importa é frisar-se que os efeitos são os mesmos, *embora numa só linha,* se algum interessado pode aproveitar-se deles. Os efeitos dos negócios jurídicos unilaterais não são menos intensos que os dos negócios jurídicos bilaterais: são apenas *contra* o figurante único. Não se vincula o *alter,* mas o declarante fica vinculado, salvo se há revogabilidade e se ele revoga a manifestação de vontade.

Se o interesse é indivisível, é preciso que todos os interessados unilateralmente negociem.

Outro ponto digno de menção é aquele que se refere à inatingibilidade da esfera jurídica dos terceiros, mas isso tanto diz respeito aos negócios jurídicos unilaterais como aos negócios jurídicos bilaterais.

2.IRRADIAÇÕES DO NEGÓCIO JURÍDICO UNILATERAL.

O figurante do negócio jurídico unilateral vincula-se. Vincula-se, com possibilidade de revogação, ou sem essa possibilidade de retirada da *voz.* É o efeito mínimo. Quanto a nascerem direitos, pretensões, ações ou exceções *a favor* de alguém, o que importa saber-se é se o negócio jurídico unilateral se dirige ao público, ou se dirige a determinada pessoa, ou a determinadas pessoas. Nem todos os negócios jurídicos unilaterais se dirigem ao público, ou a *unus ex publico.*

No que concerne aos efeitos *contra* outrem, vige o princípio de não se poder negociar, unilateral ou bilateralmente, Sobre aquilo de que não se pode dispor.

A renúncia é, por definição, unilateral. Renuncia quem pode dispor. Renunciando, as conseqüências no patrimônio alheio são somente a

favor dEsse patrimônio. A derrelicção de modo nenhum ofende interesses alheios, se o que se derrelinquile está todo no patrimônio do derrelinquilente. O reconhecimento da divida, para que possa ofender o patrimônio de outrem, teria de ser bilateral.

O negócio jurídico unilateral tem como pressuposto haver, da parte do manifestante da vontade, poder de disposição. Conforme adiante se há de mostrar, tal exigência existe ainda mesmo em se tratando de negócio jurídico de reconhecimento. posto que reconhecer não seja constituir ou desconstituir a relação jurídica que se declara.

Para o manifestante da vontade, é livre o campo em que nenhum interesse jurídico alheio ele ofende com o ato de negociar unilateralmente. Se acaso há invasão da esfera jurídica de outrem, admitindo-a, o ofendido manifesta vontade, que implica renúncia (negócio jurídico unilateral) ou outro ato unilateral de disposição, ou bilateraliza o negócio jurídico.

O problema Sobre quem seja o sujeito ativo na relação jurídica de vinculação (dever, direito), Esse, por serem diferentes os possíveis destinatários da promessa unilateral, ou de algum negócio jurídico unilateral que não provenha de promessa, não pode ter solução *única* para todos os casos. É, certamente, o *punctitrn doliens,* mas a exposição ganha em ser levada adiante sem se precipitarem as soluções concretas.

§ 3.570. Negócios jurídicos unilaterais enantiomórficos e bilateralizáveis 1.ENANTIOMORFIA DE NEGÓCIOS JURÍDICOS UNILATERAIS.

Se o negócio jurídico unilateral reconhece, ou cria ou modifica R, e outro negócio jurídico unilateral também reconhece, ou cria ou modifica o lado ativo de R, há enantiomorfia. Assim, se o locador, em declaração unilateral de vontade, promete fazer em janeiro as obras orçadas pelo locatário (Esse ainda não manifestara a vontade), e o locatário promete, unilateralmente, que em janeiro exigirá as obras, depositando a sua parte, em verdade o locatário bilateralizou o negócio jurídico. Se, em vez disso, o locador reconheceu, em negócio jurídico unilateral, o seu dever de fazer em janeiro as obras orçadas. adiantando o custo, e o locatário, em negócio jurídico unilateral, reconhece que o locador tem direito a haver a metade do custo, há enantiomorfia, e não bilateralizáçao .

2.NEGÓCIOS JURÍDICOS UNILATERAIS ABSOLUTOS. Os negócios

jurídicos unilaterais absolutos não permitem enantiomorfia. É o que se passa com a *renúncia* e a *derrelicção.*

Se a relação jurídica que se quer irradiada depende de disposição por parte de outrem, o negócio jurídico unilateral *apenas* inicia negócio jurídico bilateral. É o caso de todas as *ofertas.* O assunto pertence aos negócios jurídicos bilaterais e versa-se a seu tempo.

Algumas vezes, insere-se em negocio jurídico bilateral *renúncia* ou *derrelicção,* ou, até, promessa de renunciar ou de derrelinqúir. Isso de modo nenhum bilateraliza a renúncia, erro em que, com certa freqüência

, incorrem os juristas. E o mesmo acontece no tocante à derrelicção. O contrato entre A e B, vizinhos, pelo qual A se obriga a sacrificar todos os seus animais que estão atacados de certa doença, ou jogar ao rio todas as sementes que ele tencionava plantar no seu sitio ou fazenda, de jeito nenhum bilateraliza a derrelicção ou o sacrifício, O que é bilateral é o negócio jurídico de que surge a obrigação dos atos unilaterais de derrelinquir ou de sacrificar.

É preciso ter-se toda precaução em se diacernirem do que *envolve* negócios jurídicos unilaterais, postos como cláusulas, os negócios jurídicos unilaterais *envolvido.q.* O envoltório pode ser e quase sempre é bilateral, a despeito da unilateralídade dos negócios jurídicos envolvidos. Aliás, no negócio jurídico unilateral pode haver cláusula que se refira a negócio jurídico bilateral.

Quem promete recompensar, ou premiar em concurso, com entrega de bem, promete *acordo de transmissão,* se, na espécie, a lei exige que haja acUdo, em vez de simples negócio jurídico unilateral de transmissão.

Também é possível que se prometa *acordo de constituição* de direito real, se a lei o exige, em vez de simples negócio jurídico unilateral de constituição . Mais: é possível que se prometa e desde logo, através de banco, ou de representante, ou de instituto, se transfira a propriedade, ou a posse, ou a propriedade e a posse, a quem se legitimar

Parte II. Negócios jurídicos unilaterais de direito das obrigações
RENÚNCIA

§ 3.571. Conceito e natureza

1.DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO. Tanto no direito público como no direito privado, há o negócio jurídico unilateral pelo qual se desinveste alguém, renunciante, de direito, pretensão, ação ou exceção de que é titular (Tomo III, § 279). Não importa indagar-se da certeza ou da liquidez daquilo a que se renuncia.

Todas as renúncias são abdicativas, e não traslativas. Por isso mesmo, se à renúncia se segue aquisição, por outrem, de direito, pretensão, ação ou exceção, tem-se de atender a dois momentos, o em que se renunciou e o em que alguém adquiriu o direito, a pretensão, a ação ou a exceção.

Trata-se, além disso, de *negócio jurídico abstrato,* conforme se disse no Tomo III, § 279, 2.

De ordinário, é receptícia. Às vezes a lei exige outro elemento à sua eficácia, ou à sua existência.

Renúncia é *ato de disposição.* Se alguém renuncia a direito, pretensão, ação ou exceção, que não tem, há efeito mínimo, que é o de estabelecer-se, na lide que acaso surja, a *preliminar* de ter havido renúncia.

A renúncia pode ser objeto de promessa. A *promessa de renunciar,* que pode ser unilateral ou bilateral, não se confunde com a renúncia, que é a prestação prometida, nem a bilateralidade da promessa de renúncia bilateraliza a renúncia (Tome III, § 279, 8).

A renúncia pode ser a direito, a grupo de direitos, ou a todos os direitos que se irradiaram de determinado negócio jurídico, ou de qualquer fato jurídico. Pode ser a pretensão, ou a grupo de pretensões, ou a todas as pretensões que nasçam de determinado direito, ou de determinados direitos. Pode ser a ação, ou a grupo de ações, ou a todas as ações que derivem de algum direito ou pretensão. Pode ser a exceção. ou a grupo de

~exceções, ou a todas as exceções que exsurjam de alguma relação jurídica .

É preciso que se não confunda a renúncia, negócio juridico unilateral, com atos fatos jurídicos, que deterioram ou destroem bens. Quem mata o cavalo, o boi, ou qualquer outro animal, não renuncia, nem derrelinque: o ato de destruição entra no mundo jurídico como ato-fato jurídico, e não como negócio jurídico.

Dá-se o mesmo se alguém quebra a peça de mármore, ou queima o

quadro que lhe pertence. Se do direito, que desaparece com o ato destrutivo, titular é outra pessoa, ou também outra pessoa, há ato ilícito, de que resulta responsabilidade; salvo se a espécie cabe no art. 160, 1 e II, do Código Civil.

2.PRESSUPOSTOS DE ExISTÊNCIA. A renúncia tem os pressupostos de existência comuns a todos os negócios jurídicos unilaterais, *mais* aqueles que resultam da natureza do direito a que se renuncia.

Perfeita a renúncia, é irrevogável . Enquanto não se perfaz pode ser retirada a *voz* (= revogação fática). Daí a grande relevância do exame do negócio jurídico para se saber se algum requisito concerne à *existência, à validade* ou à *eficácia.* Se o pressuposto só se refere à eficácia, não há. porque pensar-se em retirada da renúncia, uma vez que ela entrou no mundo jurídico. qual se faz irrevogável a manifestação de vontade que, sem isso, seria revogável. A propósito da promessa de recompensa, o art. 1.514, 23 alínea, do Código Civil emprega a expressão

"renuncia", cometendo erro de terminologia semelhante ao do § 151 do Código Civil alemão.

2.ELEMENTOS RENUNCIATIVOS. A renúncia pode ser elemento ou cláusula. Com isso, não se torna renúncia o todo, que a contém, ou o que a envolve, nem se apaga o que há de renunciatividade. Não se renuncia ao crédito, em negócio jurídico bilateral, mas remite-se a dívida: o que estava com o credor se remete ao devedor, por força de prestação do credor. A remissão típica, unilateral, essa é renúncia.

Cumpre que a cada caso de ato divestitivo, ato pelo qual alguém se desveste de direito, pretensão, ação ou exceção, se procure a classificação que tem. O conhecimento das espécies de fatos jurídicos, atos fatos jurídicos, atos jurídicos *stricto sensu* e negócios jurídicos, unilaterais e bilaterais. é de importância enorme, conforme temos mostrado em toda esta obra.

Sem daí se partir, os enganos são inevitáveis. A cada momento, as conclusões, inexatas e erradas de juristas, nacionais e estrangeiros, resultam de. não estarem a par da classificação científica dos fatos jurídicos.

3.EFICÁCIA DA RENÚNCIA. Se a renúncia depende de recepção, pode ser revogada enquanto não se recebe. Se não é recepticia, não cabe

revogação (Tomo 1H, § 279, 6)..

§ 3.572. Falsas renuncias

1. ESPÉCIES PRINCIPAIS. A mais ressaltante erronia é a de quem considera renúncia a *dispensa da aceitação,* na espécie do art. 1.084 do Código Civil. Lá está, por exemplo, no § 151 do Código Civil alemão.

O assunto foi tratado no § 279 do Tomo 111. Tão pouco o é a manifestação de vontade pela DENÚNCIA

§ 8.573. Conceito

1.DENÚNCIA E EXTINÇÃO . Quem renuncia dispõe; quem denuncia exerce, negocialmente, direito de extinguir a relação jurídica de origem negocial, a partir do momento da denúncia, ou de outro momento, no futuro. Do instituto já se falou no Tomo XXV, §§ 8.081-3.085.

Quem destrói, quem dissolve, que faz evaporar-se, não pra.tica ato que entre no mundo jurídico como *negócio jurídico.* O ato aniquilante passa-se no mundo fático, como todos os atos, porém o mundo jurídico só o recebe como ato-fato jurídico, ou como ato ilícito, quiçá como ato-fato ilícito.

Os caracteres da denúncia sã facilmente perceptíveis, porque ela se dirige a relação jurídica de origem negocial. É, de certo modo, ataque e negócio jurídico, pelo menos em sua eficácia.

A denúncia é manifestação unilateral de vontade. Os *pressupostos de existência* são os mesmos das outras manifestações unilaterais de vontade que entram, no mundo jurídico, como negócios jurídicos, *mais* os que resultam do negócio jurídico que se denuncia.

As denúncias cheias hão de conter os pressupostos de enchimento que a lei exija.

Se algum pressuposto somente concerne à eficácia, particularmente à irrevogabilidade, a denúncia perfaz-se antes de ocorrer tal *pressuposto de eficácia*

2.EFICÁCIA DA DENÚNCIA. A denúncia não se refere ao passado, nem

a ele volta. O denunciante impede que *continue* a relação jurídica, não a desconstitui no passado. Para que seja denunciável o negócio jurídico, é preciso que não esteja preestabelecida a continuação. Se está, não há denunciabilidade.

A denúncia pode ir a todas as relações jurídicas, ou só a algumas, ou a urna.

§ 3.574. Unilateralidade

1.NEGÓCIO JURÍDICO UNILATERAL. A denúncia é negócio jurídico unilateral. Não importa se há de haver circunstâncias que tornem possível a denúncia (denúncia cheia), ou se a líbito do figurante do negócio jurídico ficou a prática do ato denunciativo (denuncia, se quer, e basta que o queira).

A lei é que pode estabelecer a necessidade da denúncia cheia. Mas também somente há denunciabilidade sem enchimento (denúncia vazia) se a lei a permite. A denúncia, cheia ou vazia, criada no próprio negócio jurídico, que ela pode atingir, supõe que a lei admita tal cláusula.

2.NEGÓCIOS JURÍDICOS QUE SE REFEREM A DENÚNCIA. A denúncia pode estar contida em negócio jurídico bilateral, ou ser fora de qualquer outro negócio jurídico. Na primeira espécie, o elemento denunciativo não se bilateraliza, nem impõe ao negócio jurídico é envolvente a sua estrutura.

No negócio jurídico a que se refere a denúncia pode ter sido cláusula a denunciabilidade. Aí, a denúncia mesma é de origem negocial. Quem negociou acordou em que, em certas circunstâncias, pudesse um dos figurantes, ou pudessem os figurantes denunciar.

Também pode ocorrer que, em negócio jurídico posterior, se insira o exercício de denúncia concernente a negócio jurídico anterior, mas a bilateralidade do negócio jurídico não faz bilateral a denúncia, quer se trate de denúncia vazia, quer de denúncia cheia.

Nada obsta a que se prometa denunciar, se no negócio jurídico de que se cogita é figurante outra pessoa. A promessa de denunciar, se o negócio jurídico somente concerne aos figurantes dificilmente se justificaria.

Mais seria matéria para distrato.

Aliás, tanto A pode prometer a O denunciar o contrato com B, como pode prometer a C distratar o contrato com B. Os dois objetos das duas promessas são inconfundíveis, pois um é negócio jurídico unilateral, e outro, negócio jurídico bilateral.

REVOGAÇÃO

§ 3.575. Conceito

1.PRECISÕES. Em toda esta obra tivemos de frisar a inconfundibilidade entre a revogação, a resolução, a resilição, a denúncia, a rescisão e o distrato.

Diz-se *revogável* o ato jurídico de cujo suporte fático *ainda* se pode retirar a *voz,* isto é, a manifestação de vontade.

Tanto pode ser revogável a manifestação de vontade de que resultou negócio jurídico unilateral como a de que proveio negócio jurídico bilateral. Mas a revogação dessas manifestações de vontade geradoras de negócios jurídicos bilaterais *(e. g.,* doações) são mais raras.

A revogabilidade, se a manifestação de vontade é recepticia, depende de ainda não ter sido recebida a manifestação de vontade. Se não é receptícia , revogabilidade não há.

A lei pode vedar a cláusula d"e irrevogabilidade, como ocorre com os testamentos e, em geral, com os negócios jurídicos a causa de morte, se o sistema jurídico não admite o contrato de herança.

(A revogação também diz respeito a atos jurídicos *stricto seneu,* mas aqui o assunto não nos interessa. Cf.

Tomos 1,§§ 34, 86, 88,2; II, § 286; III, §§ 249,2, 255, 8, 261, 1, 805, 1.) 2.UNILATERALIDADE INELIMINÁVEL . A revogação é negócio jurídico unilateral, e não há bilateralização possível.

A razão disso está em que cada pessoa somente pode retirar a sua própria voz. Todavia, a lei permite, excepcionalmente que o terceiro interessado, que sofreu ofensa com a *voz* alheia, possa, satisfeitos os pressupostos, revogá-la. O exemplo mais notado é o da revogação pelos credores, em se tratando de concurso de credores falencial (Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, art. 53).

3.PRESSUPOSTOS DE EXISTÊNCIA DA REVOGAÇÃO. A revogação é negócio jurídico unilateral constitutivo negativo. Consiste em se retirar a *voz.* Deixou-se caminho, vindo do mundo fático, para que se pudesse retirar a manifestação de vontade. Entrando no mundo jurídico, a revogação faz-se negócio jurídico unilateral. Surge a questão de se saber se, ainda não tendo entrado no mundo jurídico a manifestação de vontade, se pode falar de revogação. A revogação retira a *voz,* que é fato e pode já ter entrado ou ainda não ter entrado no mundo jurídico. Se já entrara, qualquer ato de retirada da voz que não entre no mundo jurídico de maneira nenhuma atinge o que no mundo jurídico está. O ato puramente fáctico só ocorreu no mundo fáctico.

No mundo fáctico ele poderia desfazer o ato que não tivesse entrado no mundo jurídico.

Quando se fala de revogação, o que se há de entender é o negócio jurídico unilateral; portanto, a manifestação de vontade que entrou no mundo jurídico. Mas, se a voz, que fora manifestada, não entrara no mundo jurídico, e a revogação ocorre, não se pode negar o nome de revogação a esse ato de desconstituição, posto que não se trate de conceito jurídico.

Se A escreveu anúncio em que prometeu recompensa a quem lhe encontrasse a jóia que perdeu e alguém o leu quando se achava no escritório, ou no clube, em que A redigiu o anúncio, pode A destruir o escrito e, faticamente, não juridicamente, houve revogação (z = retirada da voz, *revocatio).* A razão está em que as promessas ao público somente penetram no mundo jurídico com a publicidade. Noutros termos : a publicidade é pressuposto de existência, e não simples pressuposto de eficácia.

Por vezes, encontram-se nos escritores discordâncias e discussões em torno de se saber se a manifestação de vontade que ainda não entrou no mundo jurídico pode ser revogada. Noutros termos: se tem sentido falar-se de revogação da *promessa ao público* que ainda não foi publicada, ou de *oferta* que não foi remetida. Tudo se prende à adjetivação. Se a manifestação de vontade entrou no mundo jurídico e há revogabilidade, a revogação, instituto jurídico, retira a voz, a despeito da juridicização do *negotium.* Se, ao ser retirada a voz, a manifestação de vontade ainda não entrara no mundo jurídico, a revogação. só no mundo fático, atua no mundo fáctico, e só nele, de jeito que se retira a voz. Mas é evidente que aí não há pensar-se no instituto jurídico da revogação.

§ 3.576. Eficácia da revogação

1.NEGÓCIO JURÍDICO UNILATERAL DE REVOGAÇÃO. A revogação, seja de manifestação de vontade elemento de negócio jurídico unilateral, seja de manifestação de vontade elemento de negócio jurídico bilateral, é sempre negócio jurídico unilateral.

2.TEMPO EM QUE PODE OCORRER A REVOGAÇÃO. O momento em que cessa a revogabilidade depende de ser recepticia, ou não, a manifestação de vontade que se há de revogar. Se o é, em princípio revogabilidade não há. Todavia, há manifestações de vontade, inclusas em negócios jurídicos unilaterais e em negócios jurídicos bilaterais. que a lei tem como revogáveis. Entende-se: negócios jurídicos em que se deixou abertura para o mundo fático, de modo que se pode no mundo fático puxar a voz e com isso cai o negócio jurídico.

3. Mono DE REVOGAR. Nem toda revogação se opera com a simples manifestação de vontade. A respeito, por exemplo da promessa de recompensa, feita ao público, o art. 1.514 ~do Código Civil foi explícito em exigir, para que se dê a revogação, haver a‟ “mesma publicidade”. A lei pode criar outros pressupostos. Um deles é a propositura da ação de revogação *(e. g.,* Código Civil, art. 1.184), com o que se faz a voz somente retirável através de julgamento pelo juiz. Com isso, não se deturpa o instituto. A atividade desconstitutiva parte do interessado na revogação. A função judiciária é mais de exame dos pressupostos da revogabilidade.

As considerações que aí foram feitas mostram que a revogação é excepcional. Por isso mesmo, se o negócio jurídico, ou, em geral, o ato jurídico, não é revogável, a chamada “revogação” permanece no mundo fático (z não entra no mundo jurídico). Tal “revogação” não é nula; juridicamente, não é. A ação para aprecia la e refugá-la não é desconstitutiva, é declaratória negativa.

CAPITULO IV

RECONHECIMENTO UNILATERAL DE DIVIDA,DE OBRIGAÇÃO, DE AÇÃO OU DE EXCEÇÃO

§ 3.577. Conceito e natureza do reconhecimento unilateral

1.CONCEITO GERAL. Exigências da vida prática levaram os homens à conclusão de negócios jurídicos recognoscitivos, negócios jurídicos que se referem à existência, que neles se afirma, se declara, de dívida, de pretensão alheia e de ação alheia, ou de dívida e pretensão alheias, ou de pretensão alheia e ação alheia, ou só de pretensão alheia, ou só de ação alheia. De regra, quem reconhece o direito de outrem, reconhece-o com as pretensões e ações que tenha. É mesmo de se entender assim, salvo restrição expressa. É possível que somente se reconheça o direito, sem que o reconhecimento vá até à pretensão, ou às pretensões, ou à ação ou às ações.

Com o reconhecimento da dívida, aclara-se a situação, põe-se em proposições claras o que se poderia ter por *incerto.* Trata-se, portanto, de manifestação de vontade pela qual se estabelece que, para o manifestante, o direito de outrem existe, ou a sua pretensão, ou a sua ação, ou uma e outra, ou todas.

O que importa frisar-se é que reconhecimento de divida, como negócio jurídico, não é somente *comunicação de conhecimento;* tem de ser, preponderantemente, *manifestação de vontade:* quer-se reconhecer, quer-se comunicar conhecimento e comunica-se, como conteúdo de manifestação de vontade. Da! não se poder dizer que só se inverta, com o reconhecimento, o anua *da prova.* O reconhecimento é mais do que *relevatio ab onere probandi.*

Os sistemas jurídicos que reduzem a eficácia do reconhecimento à inversão do ônus da prova em verdade evitam inserir entre os institutos o do negócio jurídico do reconhecimento. Procedem como quem, discutindo-se se é verdade ser preto , ou não, o muro, responde: "É verdade, todo ele é azul".

Com o reconhecimento reconhece-se, declara-se, de jeito que se põe *claro* (declara) o que por alguma razão se precisou declarar, não só aclarar.

De passagem, frisemos que o conceito de incerteza de modo nenhum se confunde com o de litigiosidade, ou, sequer, com o de *probabilidade de supervigéncia de litígio,* que alguns juristas encambulham com o de litigiosidade *(e. g.,* AUBRY e RÂU, *Cours de Droit civil français,* V, 245; ZARZYCKI, *De la Demande en jugtice,* 40). Não se pode equiparar a lide à lide apenas provável, nem a lide à incerteza (cf. 1 <. E. RIETSCH, *Der besondere Voraussetzungstatbestanã beim lJergleich,* 85).

Reconhecer dívida é afirmar que ela existe. Também é possível reconhecer-se que a dívida não existe, O que aqui se diz Sobre dívida também se entende com a obrigação, com a ação e com a exceção.

O que se reconhece pode ser singular ou plural (a dívida a e a dívida *b,* as pretensões a e *b,* as ações a e *b,* as exceções a e *b).*

Deve-se a O. BÀHR *(Die Anerkennung ais Verpflichtungsgrund,* 182) ter caracterizado o negócio jurídico de reconhecimento e mostrado que ele tem eficácia fora e acima da relação jurídica declarada, ou das relações jurídicas declaradL.s. Ainda E. 1. BEKKER *(System des heutigen Pandektenrechts,* II, 258) admitia o negócio jurídico de reconhecimento mas sem irradiação própria. A eficácia é a mínima a vinculação com a transparência que a declaração implica e que faz ver-se a relação jurídica declarada. Longe se está, portanto, do contrato de prova *(Beweisvertrag>* de R. SONLESINGER *(Zur Lehre von den Formalcontracten und der* querela non numeratae pecuniae, 187 s.) e de C. O. BRUNS (Das *constitutum debiti, Zeitschrift flir Rechtsgeschichte,* 1, 28 s.).

De modo nenhum se pode reduzir o negócio jurídico de reconhecimento a negócio jurídico que só se refira à prova, ou para admiti-la, ou para reputá-la suficiente, ou para inverter o ônus da prova, ou para se dar por feita a prova. Dispensa, em verdade, toda prova.

O reconhecimento de dívida, de obrigação, ou *de* ação, ou *de exceção,* é negócio jurídico unilateral, pelo qual fica a pessoa a favor de quem se reconheceu a dívida dispensada de provar a relação jurídica básica.

Trata-se de negócio jurídico abstrato. Não se pode reduzir a eficácia do reconhecimento de dívida à simples *relevatio ab onere probandi.* Aliás, no passado, a hostilidade ao reconhecimento como negócio jurídico era a regra, nos países que não entendiam a abstração dos negócios jurídicos . Surpreende, por exemplo, ainda hoje, a atitude de C. FrniNO *(Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale,* 117 s.).

A teoria do reconhecimento negocial novação é de repelir-se. Foi a de B. VON SALPIUS *(Novàtion und Dele gation nach rtimischem Recht,* 500 s.) e a de II. LEHMANN *(Der Prozessvergleich,* 80). Bem assim, a *teoria do reconhecimento substituição,* segundo a qual o negócio jurídico de reconhecimento substitui à relação jurídica não clara a relação jurídica que é clara (H. DERNEURO, *Pandekten,* ~, 7A ed., 190; A. VON

TUHR, *Der Allgemeine Teu,* II, *2,* 248).

O negócio jurídico de reconhecimento não cria dívida, obrigação, ação ou exceção. Declara. A dação é de declaração. Trata-se, portanto, de acordo de declaração, se bilateral o negócio jurídico, ou de declaração unilateral de vontade. A situação que surge, em virtude da eficácia declarativa, é imediata. mas há promessa, não há assunção de dívida. Entra no patrimônio de quem é beneficiado pelo negócio jurídico de reconhecimento o que o declarante *dá;* e ele dá a declaração. A maior semelhança, que se pode apontar, é entre os negócios jurídicos de reconhecimento e os acordos de transmissão, ou de constituição de direitos reais.

Diz-se que surge a obrigação de o declarante ter como definitiva, assente, firme, a expressão, a extensão, a configuração que se deu à relação jurídica declarada, ou a sua inexistência. Mas essa obrigação é a que deriva do dever de se respeitar o que se concluiu, negocialmente, seja unilateral seja bilateral o negócio jurídico.

Também o vendedor tem de comportar-se segundo os termos do negócio jurídico de compra-e-venda.

2.ESPÉCIES DE RECONHECIMENTO E DE NEGÓCIOS JURÍDICO DE RECONHECIMENTO.

Teremos ensejo de frisar que o reconhecimento pode ser positivo, se afirma a existência de relação jurídica, como pode ser negativo, se nega tal entenda. O negócio jurídico de reconhecimento, Esse, ou é unilateral ou bilateral. O negócio jurídico bilateral estrutura-Se como *acOrdo de dação,* à semelhança dos acordos de transmissão e de constituição.

Na doutrina alemã, tem-se o negócio jurídico de reconhecimento corno *constitutivo* (J. UNGER, Zur Lehre vom ~nerl < ennuflgsVertrag, *.Iahrbiicher flir die Dogmatik,* VIII, 186; E. 1. BEKKER, *System < Les heutigen Pandektenrechts,* II, 240; MÃx ROMELIN, Zur Lehre von den Schuldverspredhefl und Schuldanerkenntnissefl des BGB., *Archiv flir die civilistieche Praxis,* 97, 293; L. SCHNORR V.

CAROLSFELD, *Beitrilge zur Lehre vom Ver gleich,* 45 s.; P. ICRIYCKMANN, Das Anerkenntniss ais Ermächtiguflg, *Archiv flir die civilistische Prazis,* 184, 289 s.). Alguns juristas italianos tomaram a mesma estrada; mas outros reagiram, corno G. STOLEI (Natura giuridica dei Negozio d‟accertamento, *Rivista di Diritto Processuale Civile,* 10, 182 s.). O erro consiste em se tomar como preponderante o

que é eficácia secundária, o que havemos repetidas vezes exprobrado a respeito de sentenças que se têm como sentenças constitutivas sómente porque algo constituem, sem que essa seja a eficácia preponderante.

O negócio jurídico de reconhecimento, se, acaso, a declaração destoa do que *era,* tem a mesma mácula que a sentença declarativa que não foi *justa.* Mas, ali e aqui, o que importa é a natureza do negócio jurídico, ou da sentença, e não o que ficou abaixo dele, ou dela, superado pela declaração, que a conclusão do negócio jurídico ou o trânsito em julgado da sentença firmou.

Aliás, essa indecisão dos juristas entre declarativídade e constitutividade de alguns negócios jurídicos ou de algumas sentenças resulta de não atenderem a que é ineliminável elemento talvez secundário de constitutividade nos negócios jurídicos e nas sentenças, devido ao *instrumento.* Ora, o que importa não é o instrumento, mas sim a eficácia preponderante. Nada se muda ao mundo jurídico, salvo, no que se refere à existência de negócio jurídico, ou de sentença, que antes não existia. Quis-se algo, e o querer, Esse, é novo , porém não é isso o que se tem de examinar: o que se quis de modo nenhum alterou o mundo jurídico. Não há momento b diferente do momento *a,* salvo no tocante ao negócio jurídico mesmo, ou à própria sentença.

3.REDUÇÃO OU REPETIÇÃO , RENOVAÇÃO E NEGÓCIO JURÍDICO DE RECONHECIMENTO. *A reprodução* ou *repetição do negócio jurídico* pode ser pura reenformação do negócio jurídico, como se foi perdido ou destruído o instrumento. A assimilação da reprodução ou repetição do negócio jurídico ao negócio jurídico de reconhecimento borraria a diferença entre instrumentação e declaração. Quem repete instrumento apenas reproduz instrumento. Não é isso o que faz quem declara, quem reconhece. Declaração reprodutiva, expressão de que usam escritores italianos, contém contradição. Reproduzir é produzir de novo; portanto, no mesmo degrau. Declarar é ver, do degrau de cima, o que está no degrau inferior, ou se diz que está.

Aliás, quem reproduz ou repete faz menos do que interpretar. A. manifestação de interpretação, unilateralmente feita, ou em ato jurídico bilateral, não é só reprodução ou só repetição. nem se pode elevar à categoria de declaração.

A reprodução ou repetição não é, tão pouco, renovação, *renovatio actus,* em que se substitui o negócio jurídico concluído por outro, sem as características da *novação.* A *renotatio actus,* às vezes *renovatio*

contractus, é rara, e quase sempre em verdade se nova, não se renova.

Com a reprodução ou repetição não se faz válido o negócio jurídico renovado, se era nulo ou anulável (H.

DEGENKOLB, Zur Lehre vom Vorvertrag, *Archiv 11h die cirilistisehe Praxis.* 71, 167 s.). Apenas, seria sem interesse apurar-se isso, porquanto houve a substituição.

A reprodução ou repetição não é outro negócio jurídico. A forma é que se reproduz, ou repete; não se renova, nem se nova o negócio jurídico. Não se pode dizer que não haja algo de vontade, porém o que prepondera é a comunicação de conhecimento intrínseca à instrumentação, à informação. Nem sempre há negócio jurídico quando há vontade. Se há negócio jurídico, a vontade pôs-se à frente, e é isso exatamente o que acontece com a manifestação de vontade com que se declara (= com que se presta a declaração = com que se conclui o negócio jurídico de reconhecimento).

A reprodução ou repetição também não se confunde com a *retificação.* Retificar é tornar reto, correto, o que não o era. Daí o seu enorme pape] em se tratando de negócios jurídicos inválidos, unilaterais ou bilaterais.

Se a pretendida reprodução ou repetição não se decola, como forma, ao que era, não é reprodução ou repetição : é negócio jurídico de reconhecimentos

§ 3.578. Espécies de reconhecimento

1.RECONHECIMENTO NEGOCIAL E RECONHECIMENTO NEGOCIAL. Os atos jurídicos que se referem a outros atos jurídicos podem ser negocia.is ou não. O negócio jurídico bilateral que tem por objeto estabelecer como foi ou como é algum negócio jurídico, ou ato jurídico *stricto sensu,* ou o altera, como se tal negócio jurídico *posterius* é transação, ou apenas o reconhece (negócio jurídico declaratório), ou o reproduz, ou o interpreta, sem eficácia de impor ao juiz ou a terceiros como interpretação verdadeira a que se adotou. O

negócio jurídico bilateral, em que se interpreta outro negócio jurídico, ou ato jurídico *stricto sensu,* eliminando qualquer outra interpretação que pudesse ser apontada, inclusive a verdadeira, somente é ato dispositivo se, na verdade, adotou outra interpretação que aquela que

se teria de assentar se o negócio jurídico *posterius* não tivesse ocorrido.

Assim, se o negócio jurídico *posterius* é constitutivo ou se é declaratório é questão de fato, que só se pode resolver partindo-se da verificação de ser diferente da interpretação verdadeira a interpretação que foi avençada. Rigorosamente, a interpretação que se pactou não foi interpretação, mas alteração, se não coincide com a que se deveria dar. Não se disse: "Foi, ou é"; mas. "Passa a ser". Se, na expressão, se afirmou "Foi", ou

"É", no conteúdo da expressão está "Passa a ser". Houve mais vontade do que conhecimento. Se entende que os negócios jurídicos, unilaterais ou bilaterais, "que interpretam", vinculam, encambulham se sob o nome de

"interpretação vinculante" o que é interpretação e o que não é.

O *acordo de interpretação,* propriamente dito, é pré constituição de prova; o valor, que tem, é o de prova.

Portanto, não pré-exclui a produção de outras provas que levem a decisão que se baseie em diferente interpretação, que se haja de ter como verdadeira. Não se podem confundir o plano da verdade e o plano da vontade.

O negócio jurídico de interpretação, Esse, ou é constitutivo, ou declaratório. O *acordo não negocial de interpretação* entra na classe daqueles fatos a que se refere o art. 131, 3, do Código Comercial ("O fato dos contratantes, posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiveram no ato da celebração do mesmo contrato"). Trata-se, aí, de comunicação de conhecimento bilateral (ato jurídico *stricto sensu* bilateral). A interpretação pelo juiz pode ser diferente se, contra essa prova melhor, outras provas haja que a superem (na dúvida, tem-se como interpretação do que os contratantes fizeram, 2. Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 5 de dezembro de 1949).

O acordo na interpretação, se já feito em juízo, impõe se ao juiz.

Se a interpretação, que se adotou em acordo, não coincide com a verdadeira, tem-se de tratar o acordo como negócio jurídico bilateral, como contrato, e a eficácia é só *ex nuno (E.* TInE, *Die Lehre vom Missverstiindnis,* 88), bem que tal eficácia *ex Izuno* possa ser de cláusula que fixe no passado o começo de eficácia da interpretação.

Diferente de *acordo extra judicial* é o *acordo em juízo* ou a simples

concordância entre as partes, quanto à interpretação de Cláusulas. Aqui, incidem, evidentemente, os princípios do direito processual.

O que distingue da *confissão* ou de qualquer *reconhecimento ato jurídico "stricto sensu"* o *negócio jurídico de reconheci-. mento* é a vontade que nesse se manifesta para a criação de efeitos negociais. Quem confessa apenas concorre com elemento para prova, em manifestação de conhecimento não recepticia (assim, L.

SEUFFERT-H. WALSMANN, *Kommentar zur Zivilprozessordnung,* 1, l2Y ed., 480).

2.ENUNCIADO DE FATO E MANIFESTAÇAO DE VONTADE. Na pesquisa científica da estrutura do negócio jurídico de reconhecimento não se tem prestado atenção a ponto que é da maior relevância: a manifestação de vontade é que pode ser bilateral, ela é que permite o acordo, um manifesta a sua vontade, o outro consente, acorda; não quanto ao enunciado de fato, à comunicação de conhecimento <"é", "não é"), porque, ai, a unilateralidade é essencial. Em principio, por isso mesmo, os negócios jurídicos de reconhecimento são unilaterais, por ser mais normal que à unilateralidade da declaração, do enunciado de fato, da comunicação de conhecimento, corresponda a unilateralidade da manifestação de vontade, que a contém.

Por outro lado, não se pense em promessa. Quem declara presta desde logo. Deve-se falar, em caso de bilateralização, de *acordo de reconhecimento,* e não de *contrato de reconhecimento.* Não se assume dívida, nem obrigação, nem se atribui ação ou exceção. Dá-se o que se teve vontade de dar e manifesta-se, em forma devida, tal vontade. Rigorosamente, um declara e o outro acorda com o que o outro quis, confirmando o que se declarou.

Dai ser, em princípio, *abstrato* o negócio jurídico de reconhecimento. Há *acordo de dação ,* como há, nas transferências de domínio, e de direitos reais, *acordos de transmissão.*

Não é de afastar-se a figura da promessa de reconhecimento, como se A, em contrato com B, se obriga a reconhecer a divida a C, ou a própria dívida a B, que por alguma circunstância não pode ser reconhecida desde já. Mas a unilateralidade do negócio jurídico de reconhecimento torna supérfluo Esse negócio jurídico anterior, ou a cláusula dEsse negócio jurídico anterior.

§ 3.579. Conteúdo e objeto do reconhecimento negocia!

1.PRECISÕES . Deriva do conceito mesmo do reconhecimento, da declaratividade pura, que não crie, nem modifique, nem altere. Qualquer atribuição patrimonial, que dele resultasse como fim, o contradiria *conceptualmente.* Toda atribuição patrimonial há de ter a sua explicitude , porque a natureza das coisas impõe que assim seja, e só a técnica pode abrir exceções no sentido de, em alguns atos jurídicos, se dispensar a referência. Quem reconhece fixa a situação preexistente, *o que é* para que fique claro (sem incerteza).

Tem-se dito que, se a relação jurídica preexistente, ou a inexistência da relação jurídica, é fora de toda dúvida, é sem objeto o negócio jurídico declarativo. Mas há-se de repelir tal insinuação. Se, no reconhecimento positivo, falta a relação jurídica que se declarou existir, não se pode dizer que seja ineficaz a declaração, ou que lhe falte objeto: ou houve pura aparência , ou simulação, ou falta de interesse. O objeto do ato de reconhecimento é a finalidade declarativa (Feststellungszwec∼<, cf. MAx RtYMELIN, Zur Lebre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen des BGB., *Árchiv fiir die civili.sti.sche Praxis,* 97, 291; A. voN TURR, *Der Aligemeine Teu,* III, 264; FR. LEONHÃRD, *Besonderes Schuldrecht,* 345). Por isso mesmo, não é sem finalidade, nem sem interesse, o reconhecimento da dívida sem causa, ou abstrata.

Reconhecer é manifestar convicção de que existe, ou de que não existe *fato* ou *efeito de fato jurídico* (direito, dever,, pretensão, obrigação, ação, exceção). O elemento de *enunciado de fato* é essencial e faz parte do conteúdo do ato de reconhecimento, só se manifestando vontade para a Suserção do enunciado em ato suscetível de entrar no mundo jurídico. O negócio jurídico de reconhecimento é o que resulta de *negócio* (suporte láctico) que entra no mundo jurídico, com conteúdo de enunciado de fato Sobre algum fato jurídico ou seus efeitos (negocio jurídico declarativo). A vontade está no ato de manifestar (ou de proceder) de tal maneira que se conclua que o agente está convicto de que existe, ou não, tal fato jurídico ou seus efeitos.

Seria erro dizer-se, como faz A. vON TUHR *(Der AUgemeine Teu,* III, 248), que se *substitui,* com o reconhecimento, ao estado jurídico indeterminado, outro, que o não é. Essa substituição é psicológica; e não *jurídica.*

2.CONFISSÃO E RECONHECIMENTO NEGOCIAL. A *confis* são é ato jurídico *stricto seneu* de reconhecimento; porém não negócio jurídico. A confissão judicial *dá* a prova; e, pois, isenta a outra parte do ônus de

provar. A confissão extrajudicial apenas estabelece indício de que existe o fato confessado; *serve* à prova.

3.SURGIMENTO DO CONCEITO PRECISO. A evolução até o reconhecimento abstrato de divida vai entroncar-se em certos casos de *cautio* e de *stipulatio,* na *confessio extrajudicialis* e não cessou até nossos dias.

No conceito de negócio jurídico de reconhecimento o que é ineliminável é a alusão a relação jurídica preexistente, ou a inexistência de determinada relação jurídica *(e. g.,* reconhecimento de estar paga a dívida).

Está-se num degrau acima. Mas isso não ocorre somente com os negócios jurídicos de reconhecimento.

Também são em degrau acima, também aludem a outras relações jurídicas, negócios jurídicos que não declaram, como os que extinguem relações jurídicas *(e. g.,* a remissão de divida), como os que as modificam, ou como aqueles que apenas as regulam.

O negócio jurídico de reconhecimento *abstrato* de dívida não *substitui* a relação jurídica *incerta* pela relação jurídica *certa* (sem razão, E. 1. BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts,* II, 240; H. LEHMANN, *Der Prozessvergleich, 79* s.; A. VON TUHR, *Der Aligemeine Teu,* II, 2, 248). Seria, em vez de negócio jurídico no degrau acima, negócio jurídico que refizesse o mesmo degrau.

O reconhecimento negocial tanto não *depende* salvo conforme os princípios gerais de direito, como os que se referem à realidade, à anulabilidade e à ineficácia .~ do que se reconhece, que se pode reconhecer negocialmente que a dívida não existe, ou já deixara de existir. Há a referência ao pretérito, ou, pelo menos, ao momento em que se manifesta a vontade, mas há a constitutividade inerente ao *negotium,* ao sair do ócio, o *nec (neg) otium,* que se revela no étimo. Há a declaratividade, porém não se pode negar a constitutividade, que está em todo ato jurídico negocial. Há maia do que afastamento de discussão, de disputa, de incerteza. Há manifestação de vontade, vontade de negócio.

Algumas precisões .

Se, com o negócio jurídico de reconhecimento, se diz certamente *ser* o que em verdade *não era,* ou *não* é, ou se *não era como se diz,* ou *não é como se diz,* isso também ocorre com as sentenças dos juizes e

tribunais, mesmo as declarativas (cf. O. BÍYLOw, *Das Gestàndnisrecht,* 223 s.). Quem tem sentença declarativa do seu direito tem, com isso, *plus,* em relação ao que tinha. O demandado, que perdera a questão, *pode* menos do que podia, no que seja negação do. direito ou de qualidades ou extensão do direito.

Os sistemas jurídicos contam com a permanência do que é e provêem à regularidade das transformações. Não há imposição a *priori* do passado e, por isso mesmo, estabelecem eles prazos preclusivos, prazos prescripcionais e outros expedientes. de modificação das esferas jurídicas das pessoas. Dai não se vedar a declaração, se quem declara pode dispor. Ocorrendo que o declarante crie ou modifique ou extinga, em vez de se ater à reprodução da verdade, a política jurídica que preside à elaboração das regras jurídicas admite a disposição eventual, não obstante a vontade manifestada ter aparecido como so~ declarativa. O sistema jurídico presta atenção ao momento de hoje, que se refere ao de ontem, de jeito que a preferência pelo conteúdo da declaração atenda à necessidade de segurança do mundo jurídico. No segundo degrau em que se pisa não importa muito que se veja o primeiro degrau como ele não *era,* ou que se veja primeiro degrau que lá *não estava.* O tempo passou.

4.SENTENÇA COM DECLARATIVIDADE E RECONHECIMENTO NECOCIAL. A sentença declarativa, ou com carga de eficácia imediata *(****),* ou mediata *(***),* de declarativídade, contém. algo que se estabelece acima do que se declarou, mesmo se *Justa* a sentença. Há a coisa julgada formal e material.

Não é tanto o que acontece com o reconhecimento negocial, porém é à semelhança do que ocorre com a sentença de força, ou de eficácia imediata, ou mediata, de declarativídade. Elimina-se, aqui e ali, incerteza.

Na manifestação de vontade que contém comunicação de conhecimento pode haver *inverdade,* porque as comunicações de conhecimento ou são verdadeiras ou são falsas (= não verdadeiras). Dá-se o mesmo com as sentenças no que têm de força ou de eficácia declarativa. Mas a declaração firma-se com a conclusão do negócio jurídico, ou com o trânsito em julgado: o que se *quis declarar,* ou o que se *decidiu declarar,* declarado está. Contra a discordância entre o que *seria* de declarar-se e o que se declarou não há outros meios que os meios desconstitutivos ordinários (nulidade, anulação; rescisão da sentença). Mas Esses meios são em número clauso e expresso..

Quem negocialmente declara não invade a esfera jurídica de outrem. O *alter* aproveita o que foi unilateralmente declarado, se o quer. O manifestante da vontade estava livre para declarar e declarou conforme *quis*.

5.RELAÇÕES JURÍDICAS QUE PODEM SER NEGOCIALMENTE RECONHECIDAS. A declaração, em si, pode corresponder a qualquer relação jurídica a respeito da qual se possa *negociar*. Tal generalidade afasta que se considerem os negócios jurídico e de reconhecimento como, em princípio, causais. Nem se pode pensar em atribuir-se aos negócios jurídicos de reconhecimento função econômico-social específica, que seja, sempre, a *causa* deles.

Não se deve dizer que *somente* as relações jurídicas patrimoniais são reconhecíveis. O que não pode ser mudado por alguma cláusula negocial não pode ser negocialmente declarado. Patrimonialidade e negociabilidade são *quase* coextensivas, não no são *em absoluto*. O que é preciso é que possa o manifestante da vontade ficar adstrito ao que declarou.

Declarações de conhecimento, comunicações de conhecimento, enunciados de fato podem ser, sempre, Sobre quaisquer relações jurídicas, como fatos, e Sobre quaisquer outros fatos. A vontade, essa, é que se há de circunscrever ao que pode ser querido, negocialmente. As declarações de fatos, os enunciados claros de fatos, Esses, podem ser feitos sempre, como meios de prova. Se A reconheceu o filho (ato não negocial), nada obsta a que, depois, unilateralmente declare, em negócio jurídico, que o reconhecera. AI, o que se reconhece é a relação jurídica.

A negocialidade não se apresenta nas declarações de fatos penais, nos enunciados de fatos, nas comunicações de conhecimento, se em verdade ai se pára, se à declaração basta ser probatória, ou se não pode ser objeto de negócio jurídico. Não há negócio jurídico de reconhecimento que só se refira a fatos (sem razão, A.

SCHÕNINGER, *Die Leistungsgeschdfte des biirgerliehen Rechts,* 812; A. BRUNETTI, *Corso di Diritto commerciale,* Parte generale, 269, e tantos outros).

Quando alguns juristas dizem que é permitido o negócio jurídico de reconhecimento Sobre fatos, se, mediante tal reconhecimento, se reconhece a relação jurídica, que deles resulta, vêem de lado errado. O que se reconheceu, ai, foi a relação jurídica , tendo-se empregado,

antes ou como elementos probatórios mencionados, enunciados de fato só referentes a fatos. £ preciso que não se confunda com o negócio jurídico de reconhecimento o ato jurídico *stricto sensu.*

Só se pode declarar a relação jurídica se pode dispor do direito, pretensão, ação ou exceção a que ela corresponde.

§ 3.580. Estrutura e composição do negócio jurídico de reconhecimento 1.UNILATERALIDÀDE

OU

BILATERALIDADE

DO

NEGOCIO

JURIDIGO

DE

RECONHECIMENTO. Alguns juristas negavam que o negócio jurídico de reconhecimento possa ser unilateral *(e. g.,* J. UNGER, Zur Lebre vom Anerkennungsvertrag, *Jahrbitcher filr die Dogmatik,* VIII, 179

s.; CARL CROME, *Sijstein,* II, 912; A. VON TUER, *Der Aligemeine Teu,* II, *2,* 258). Já E. 1. BEKKER

(Svstem des heutigen Pandektenrechts, II, 244) e MÃX RIYMELIN (Zur Lebre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntflissen des BGB., *Archiv fúr die civilistiache Prazis,* 97, 298) precisava poder ser unilateral o negócio jurídico de reconhecimento. É interessante observar-se que G. VENEZIAN

(Dell"Usufrutto, dell"Uso e dell"Abitazione, *II Diritto civile italiano* a cura de P. FIORE, ~, 2.~ ed., 20) e R.

HENLE *(Lehrbuch,* II, 762) o tinham como unilateral. Três opiniões, portanto.

Cada pessoa que reconhece o direito, a pretensão, a ação ou a exceção de outrem, dá a declaração. Na declaração só há enunciado de fato, comunicação de conhecimento. Por Sobre isso e como determinante disso esta a *vontade.* Vontade de um, ou vontade de dois, isto é, duas vontades, que se acordam. Donde o negócio jurídico unilateral ou o

bilateral.

Se só um reconhece, sem que haja outro figurante, que acorde no que quis o reconhecente, o negócio jurídico é *unilateral.* Só um deu e só um quis a dação.

Se um reconhece e outro figurante acorda em que o faça, ambos quiseram, e as duas vontades acordes engendram o negócio jurídico bilateral. Pode bem ser que nenhuma comunicação de conhecimento haja partido do outro figurante, que, assim, apenas consentiu em se ligar, pelo acOrdo, ao negócio jurídico, bilateralizando-o. AI parava Fa. LEONHARD *(Resonderes Schuldrecht des BGB.,* 345s.), para quem muito embora apegado à doutrina do negócio jurídico de reconhecimento necessAriamente contratual só um dos figurantes presta. Ora, nem é verdadeira a tese da bilateralidade necessária do negócio jurídico de reconhecimento, nem o é a de se tratar de contrato necessariamente unilateral, nem, ainda, a de só se poder conceber como negócio jurídico unilateral o negócio jurídico de reconhecimento.

2.CONCLUSÕES. Temos, assim, que o negócio jurídico de reconhecimento *a)* pode ser *unilateral, b)* pode ser *bilateral, e)* pode ser *bilateral* e *sinalagmático.* Sinalagmático ele o é quando A declaração e declara, por exemplo, que A tem contra ele direito de retenção ou ação regressiva ou qualquer exceção.

O mal de que foram vitimas os investigadores consistiu em não discriminarem, na análise dos negócios jurídicos de reconhecimento, o que é enunciado de fato, comunicação de conhecimento, contra o declarante, e o que é vontade de declarar. Os enunciados de fato ou comunicações de conhecimento podem partir de um só, ou de ambos os figurantes, mesmo se o negócio jurídico é bilateral. Se ambos *dão,* a sinalagmaticidade torna-se indiscutível.

Se não há vontade manifestada, não há pensar-se em negócio jurídico. Se só um declarou, só um praticou ato jurídico *siricto sensu;* se dois só declararam, dois praticaram dois atos jurídicos *stricto sensu.* O ato jurídico *stricto sensu* de reconhecimento, Esse é necessAriamente unilateral.

Revela atraso de séculos, e não só de decênios, dizer-se que não pode ser unilateral o negócio jurídico de reconhecimento porque ninguém pode impor a outrem determinada inteligência da relação jurídica. Ora, o reconhecimento unilateral não se impõe, o reconhecimento

unilateral, negocial ou não, pode ser invocado, utilizado, por outrem. Se outro tivesse querido ligar-se negocialmente, o negócio jurídico do reconhecimento seria bilateral.

O que se deve assentar é que a espécie mais simples e mais freqüente de negócio jurídico de reconhecimento é a do negócio jurídico unilateral. Houve a comunicação de conhecimento como objeto da manifestação de vontade. Quis-se a dação da declaração: deu-se a declaração, fez -se a comunicação de conhecimento. Por isso mesmo, é de repelir-se, energicamente , o que escreveu R. NIcx3LÔ (II Riconoscimento e la transazione, *Ann. dell*"*Jst. giur. ec. d,ell*"*Università di Messina,* VII, 384).

Primeiro, pode A ter interesse em *declarar,* negocialmente, a relação jurídica, sem que isso fique dependente da vontade de outrem. Pode bem ser que se ignore quem é o interessado ou quais são os interessados. Não se trata de interesse em simples comunicação de conhecimento, que é ato jurídico *stricto sensu.* Vendeu A ao Município o terreno para escola, e os jornais dizem que, no contrato de compra-e-venda, foi o Município que introduziu na escritura pública a alusão a escola. Pode A ter interesse em declarar que isso é a verdade, ou que a referência foi feita para se caracterizar o *modus* (= só o vendeu porque o Município precisa do terreno para Esse fim, ou se incumbiu de alguma contribuição).

Também se tem dito que a falta da *recepção* pelo beneficiado é elemento essencial à negocialidade do reconhecimento, positivo ou negativo. Sem razão. A recepticiedade exprime que há *pressuposto de eficácia,* não da *existência do negócio jurídico.* De regra, até que haja a recepção, a declaração unilateral de vontade é revogável. Ainda muitos juristas confundem existência, validade e eficácia dos atos jurídicos *stricto sensu* e dos negócios jurídicos *(e.* g., L. BÂRÂSSI, *Le Notificazione necessaria nelie dichiara.zione stragiudiciali,* 34 *5.;* MICHELE GIORGTANNI, *Ii Negozio d*"*accertamento,* 72).

§ 3.581. Negócios jurídicos de reconhecimento negativo

1.DUAS ESPÉCIES. O reconhecimento negocial pode referir-se à existência de direito, pretensão, ação ou exceção, como pode ter por fim tornar certo que não existe o direito, a pretensão, a ação ou a exceção *(J.*

UNGER, Zur Lehre vom Anerkennungsvertrag, *Jherings Jahrbiicher,* VIII, 181; R. VON CANSTEIN, Anerkennung und Gestandniss,

Zeitschrift flir deutschen Civiíprozess, 1, 257 5.; CARL CROME, *Syst em,* II, 913; O. BULow, Zur Lehre von der rec"htlichen Natur der Quittung, *Jherings Jahrb-Ucher,* 59, 1 s.). Assim, o reconhecimento é positivo ou é negativo. Numa e noutra espécie, declara-se, elimina-se a incerteza. No fundo, diz-se que há ou não há a relação jurídica que se entendia existir, ou de que se julgava discutível a existência. Cria-se a relação jurídica entre o manifestante da vontade e quem seria o sujeito passivo, sem importar se o negócio jurídico foi unilateralmente concebido, ou se o foi bilateral-mente. A inexistência tornou-se certa e tal proposição existencial é oponível a quem manifestou a vontade, quiçá aos dois ou mais figurantes.

2. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS. O reconhecimento negativo tem de atender aos pressupostos de existência, de validade e de eficácia dos negócios jurídicos. Se a relação jurídica não pode ser negada, por ser resultante de fato jurídico que tem prova irrefutável, como se resulta do nascimento, da morte, do casamento, não é válido o negócio jurídico de reconhecimento, por ilicitude ou impossibilidade. Ninguém pode reconhecer não ser filho, ou não ser casado.

Quanto aos pressupostos próprios do negócio jurídico de reconhecimento negativo, são eles os mesmos dos negócios jurídicos de reconhecimento positivo.

Não é verdade que aos sistemas jurídicos repugne o reconhecimento negativo, nem que se haja de interpretar como *renúncia (e.* g., A. VON TUHR, *Der Aligemeine Teil,* II, *2,* 258). Se a relação jurídica incerta existia, tudo se passa como a respeito do reconhecimento positivo, se a relação jurídica incerta não existia. Apenas acontece que a sua eficácia libera, ou não libera, porque foi falso ou verdadeiro o enunciado negativo. Mas essa averiguação de liberatoriedade ou de não-liberatoriedade não vem ao caso (sem razão, O. BÀHR, *Die Ánerkennung ala Verpflichtungsgrund,* 83 ed., 180). Pode não ter havido liberação, salvo se se toma o próprio afastamento da invocação da dívida alheia como efeito liberatório.

O reconhecimento negocial não muda a relação jurídica, *que se declara.* A declaração, comunicação de conhecimento, mesmo se falsa, está contida na manifestação de vontade, e a finalidade foi obtida.

Se só se declarou o direito, sem a pretensão ou a ação, não se há de concluir que não há a pretensão ou a ação.

Declarar direito como desmunido de pretensão ou de ação é outra

coisa: então, declarar-se-ia a existência do direito e declarar-se-ia a inexistência da pretensão, ou da ação. Haveria dois reconhecimentos, o positivo e o negativo.

Mais uma vez a possibilidade de haver diferença entre o que se declara e a declaração. A própria ciência não escapa à tradução imperfeita dos fatos. Os enunciados de hoje são retificados pelos de amanhã, em virtude de descobertas ou de fórmulas mais exatas. Quanto ao direito e à sua aplicação, quer a faça o juiz, quer o intérprete, quer o interessado, há a mesma possível divergência. Se a sentença declarativa, trAnsita em julgado, pode ter sido errada, não é surpreendente que os devedores e os credores, em atos jurídicos s *tricto sensu,* ou em negócios jurídicos, também não consigam sub mente reconhecer o que deveria ser reconhecido.

§ 3.582. Reconhecimento abstrato de dívida

1.CONCEITO. O reconhecimento de dívida pode ser somente enunciativo (só se dá contra si meio de prova, por se declarar que se deve, e de regra tal é o reconhecimento unilateral de divida), pode ser por meio de *confissão judicial,* pode ser negócio jurídico unilateral, ou negócio jurídico bilateral. O reconhecimento unilateral ou bilateral (negócio jurídico unilateral ou bilateral de reconhecimento) considera, *contra quem reconhece,* ser existente a dívida de que se cogita: a) independe da existência da dívida reconhecida, pois, com a promessa (unilateral) de divida, compõe a classe das declarações abstratas de vontade; b) não é constitutivo, distinguindo-se, portanto, dos negócios jurídicos unilaterais ou bilaterais constitutivos, pois que, em vez de se reassumir, isto é, de se criar relação jurídica nova, apenas se declara relação jurídica preexistente. Aqueles são negócios jurídicos causais.

2.INTERPRETAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO. Se, *in casu,* há negócio jurídico unilateral ou bilateral de reconhecimento, respondem o teor do escrito (omissão de qualquer referência à causa), a finalidade e as circunstâncias.

O primeiro cuidado do intérprete é o de fixar a classe do ato jurídico (ato jurídico *stricto sensu* ou negócio jurídico). Se trata de ato jurídico s *tricto sensu,* não é no direito das obrigações que se hão de examinar a espécie e seus efeitos. Se, em vez disso, o intérprete chegou à conclusão de se estar diante de negócio jurídico, ainda pode ocorrer que não se cogite de negócio jurídico declarativo, e sim de negócio jurídico constitutivo. Um e outro, embora diferentes, pertencem ao

direito das obrigações, porque da declaração negocial resulta o dever de se ater à palavra.

3.FORMA E EFICÁCIA. No direito brasileiro, a exigência da escrita não está na lei *(aliter,* no Código Civil alemão, § 781) ; mas incide o Código Civil, art. 141. Se, para a prestação, ou para a constituição da relação jurídica, cuja existência se reconhece, se exige outra forma que a simples escrita, também tal forma é exigida ao reconhecimento de dívida. No direito brasileiro, para a *conta de liquidação* (~ conta feita com a cooperação dos interessados *Abrechnung)* e para a *transação,* é exigida a forma escrita (art. 1.028). Não há, no direito brasileiro, regra jurídica como a do § 782 do Código Civil alemão, onde se diz que, se a promessa de dívida ou reconhecimento de dívida se faz em virtude de conta ou em transação, não há exigência da forma que se exigiria ao negócio jurídico prometido ou reconhecido.

Já aqui temos pontos de grande relevância: a-) no direito brasileiro, se o direito, a pretensão, a ação ou a exceção, que se vai reconhecer, somente se poderia irradiar de negócio jurídico instrumentado por escritura pública, o negócio jurídico de reconhecimento tem de ser por escritura pública; *b)* no direito brasileiro, se o direito, a pretensão, a ação ou a exceção, que se vai reconhecer, somente se poderia irradiar de negócio jurídico feito por escrito, ao negócio jurídico de reconhecimento é exigida a forma escrita.

Surge o problema do reconhecimento de divida, de obrigação, de ação ou de exceção que constaria de título especial, como a letra de câmbio, a nota promissória, ou o cheque. O reconhecimento tem de ser feito por escrito, evidentemente. Não há reconhecimento em letra de câmbio, ou em nota promissória, ou em cheque.

O reconhecimento, em devida forma, de *acordo de transmissão* ou de *acordo de constituição ,* é título hábil para registro, ou outra formalidade.

4.ATO DECLARATIVO E DECLARAÇÃO. Todo ato declarativo supõe que se refira a relação jurídica, cuja existência ou inexistência se declare, isto é, se enuncie claramente, se afirme às claras. Não cria a relação jurídica declarada, nem extingue relação jurídica referida, nem, sequer, faz passar a outrem. Nisso, já se distingue, radicalmente, do ato constitutivo e do ato executivo, no qual se há de incluir o ato transíativo. O ato transíativo não constitui, executa (sem razão, P. HÊBRAUD, *Cours de Droit civil,* 167). Para se poder acertar que o ato

jurídico, negocial ou não-negocial, é declarativo, tem-se de indagar se só se refere à existência ou à inexistência de relação jurídica. Não se precisa apurar se há certeza, ou não, Sobre relação jurídica. Nada obsta a que, desfavorável a sentença em ação que supõe certeza e liquidez *(e.* g., mandado de segurança), se proponha, depois, ação declaratória.

(a)O negócio jurídico declarativo não cria direito, pretensão, ação ou exceção junto, ou por cima do que existia. Apenas torna *certo* o direito, a pretensão, a ação ou a exceção contra o que se poderia, na realidade do mundo jurídico, ou apenas na mente dos figurantes, articular Sobre a existência do fato jurídico, a validade do ato jurídico, ou a eficácia do fato jurídico de que resultasse o direito, a pretensão, a ação ou a exceção tornada *certa.* Tal eficácia não a tem a *justificação* (Código de Processo Civil, arts. 735-738), que é apenas meio de provar: por ela, apenas se captam, com certas formalidades, proposições existenciais Sobre fatos do mundo fático ou do mundo jurídico.

Do que acima se disse não se conclua que não há dação, por parte de quem reconhece. Quem reconhece dá a declaração. Há *plus* no mundo jurídico, após o negócio jurídico de reconhecimento. Esse *plus* é a manifestação de vontade, com o conteúdo de afirmação de existir, ou de não existir a relação jurídica declarada, ou, pelo menos, existir tal como o declarante a *conhece.* Reconhecendo-a, negocialmente, algo de novo, sem ser duplicata do que era, se insere no mundo jurídico.

(b) O negócio jurídico unilateral ou bilateral de reconhecimento não afasta apenas argumentos contra a certeza da relação jurídica, do direito, da pretensão, da ação, ou da exceção. ~ de eficácia constitutiva: cria nova relação jurídica, abstrata, mas dependente, *ope exceptionis,* de ter havido erro e não ser nulo por ilicitude ou impossível o ato jurídico reconhecido, ou de poder ter ocorrido o fato jurídico e poder ter os efeitos que se lhe atribuem. O ônus da prova da *candictio* incumbe ao réu. Assim, o reconhecimento de divida com o fim de dar cumprimento a promessa com fim imoral (corretagem matrimonial, lenocínio, suborno), está exposto, excepcionalmente, à argüição de nulidade, não obstante tratar-se de negócio jurídico abstrato. <No direito alemão, parte da doutrina admite a argüição de nulidade por ilicitude, a despeito do caráter abstrato do negócio jurídico, como C. CROME, *Sijsteni,* II, 917; M. HÂCHENEURO, *l/ ortràge,* 323, E. 1<. NEUBECKER, Der abstrakte Vertrag, *Arohiv fiir Biirgerliohes Rechi,* 22, 85, E.KLINGMÚLLER, *Der Begrifi des Rechtsgrufldes, S4; Das Sohuldversprechefl und die Schuidanerkeflfltflis des BGB.,* 131 s.; mas a maioria dos escritores repele-o.) Como as

sentenças, os atos jurídicos para o assunto que versamos: os negócios jurídicos não são somente declarativos, constitutivos, condenatórios, mandamentais ou executivos. São-no, preponderantemente. O

negócio jurídico declarativo é o negócio jurídico em que a eficácia maior, característica, é a declaratividade.

Mas o elemento constitutivo é inelirminável nos negócios jurídicos , como o é nas sentenças. Esse é ponto que merece toda a atenção.

Se trata de pretensão desmunida de ação, ou de direito destituído de pretensão, tem-se, no direito brasileiro, quanto ao jogo e à aposta, de atender ao Código Civil, art. 1.477, parágrafo único, que, por analogia, apanha as outras espécies de direito sem pretensão, ou de pretensão desmunida de ação, por imoralidade da causa (Contra a nulidade, ai, do negócio jurídico de reconhecimento, no direito alemão, lxi. DEGENKOLB, Zur RonstruktiOfl und Systematik, *Jhcrings Jahrbiioher,* 56, 228; 1". SCI{OLLMEYER, *Recht der SehulduerMltflisse,* 186; R. LEONI-{ÀRD, *Der AUge-mune TeU, 379;* A. VON TUER, *Zur Lehre von den abstrakten ~úhuidvertrdgéfl,* ia s.; R. STAMMLER, *Die Lebre vúm rtchtzgen Recht, 493,* a sanção da nulidade coincide com a solução do direito brasileiro, porém não é a do direito alemão.) Se, com o negócio jurídico unilateral ou bilateral de reconhecimento, se assegura cumprimento de divida já existente, nasce segunda relação jurídica, com outro conteúdo, mas de tal maneira ligada à dívida reconhecida que a extinção de uma acarreta a da outra: o interesse é um só, os direitos dois, com *alusão.* Daí resultam certas circunstâncias especialissimas: a) a prescrição da pretensão reconhecida interrompe-se com o ato de reconhecimento unilateral ou bilateral <o negócio jurídico unilateral ou bilateral de reconhecimento, que é contrato unilateral, *contém* reconhecimento no sentido particular do art. 172, V, do Código Civil); *b)* a nova pretensão prescreve em vinte anos, ainda que mais breve o prazo prescricional da primeira (arts. 177 e 179) o) a referência explícita à causa da divida reconhecida sujeita a nova pretensão ao prazo de prescrição daquela (idem, no direito alemão, devido à adotabilidade de prazo prescricional ei. MÀx RUMELIN, Zur Lehre von den Schuldversprechefl, *Ardjiv fúr die civilistisehe Prazis,* 98, 239 s.; contra, WrEbZSTETN, Begriff und FàIle des abstrakten RechtsgeschãftS, *Gruchots Beitrdge, 48,* 484, nota 21) *d)* se o beneficiado ou o contraente propõe ação fundada no reconhecimento de divida, mas, depois, apóia o pedido na relação jurídica reconhecida, ou em efeito dessa relação, há alteração do pedido, inclusive para a incidência do art.

181 do Código de Processo Civil (H. DEGENKOLB, Zur Konstruktiofl

und Systematik des Schuldversprechens, *iherinqs Jahrbücher,* 56, 204 s.; L. BRÚTT, *Die abstrakte Forderuflhl,* 76; sem razão, MAX RÚMELTN, *97,* 142) e) o pedido pode ser alternativo, porém não cumulado <A. SCHÓNINGER, *Die LeLstungsgesohdf te,* 303).

Aqui são de mister algumas precisões

Se o negócio jurídico de reconhecimento é abstrato, a relação jurídica reconhecida se encaixou na relação jurídica reconhecente: não se vê aquela, porque se vê essa, que se atribuiu perfeita fidelidade na declaração.

Se o negócio jurídico de reconhecimento é causal, ele mesmo fez ver-se a relação jurídica reconhecida e a sua perfeita fidelidade como que *remete* à relação jurídica reconhecida.

Assim, quem reconhece ter passado o instrumento particular de contrato de mútuo com a data ~I, vencimento *v* e cláusula penal *cp,* não pode querer que a prescrição seja de vinte anos. A prescrição é aquela que seria, sem o reconhecimento, a da pretensão oriunda do negócio jurídico de que se irradiou a relação jurídica reconhecida.

§ 3.583. Pressupostos de validade do reconhecimento negocial

1.POSIÇÃO NO PROBLEMA. Tem-se pensado que o elemento do reconhecimento, que é a relação jurídica declarada, implica ser <„causai todo reconhecimento negocial, quer seja unilateral, quer não. Confunde-se o *fim* com a *causa.* O que é pressuposto é que o negócio jurídico consista em se afirmar que algo existe, ou que algo não existe, no mundo jurídico, porém de modo nenhum se faz elemento indispensável *à* validade do negócio jurídico o ser *verdadeira* a comunicação de conhecimento que se teve *vontade* de fazer.

Suponhamos que A tem o terreno *abcd,* vizinho do terreno de E, isto *é,* B tem o terreno limítrofe, pelo lado *cd.*

Não se pode elevar à categoria de pressuposto de validade (a *fortiori,* de existência) do negócio jurídico, unilateral ou bilateral, de reconhecimeno o não ter modificado o mundo jurídico . Há *negócios jurídicos rnodifieathos (a* vontade negocial foi nesse sentido) que, descendo-se à análise dos momentos anteriores, foram apenas declarativos. A linha dos limites é *de* e tanto A, vizinho, sustentava ser mais adiante o limite do seu terreno quanto B, vizinho, ser dentro do

terreno de A o limite do seu. Tomam a linha *de* como transaciorial . Em verdade, declararam; porém isso de modo nenhum faz declarativo o ato jurídico de transação. Se A e B, a pretesto de declarar, fixam os limites *d*"*e*", nem por isso se torna transaciorial o negócio jurídico.

O figurante do negócio jurídico unilateral de reconhecimento ou os figurantes do negócio jurídico bilateral de reconhecimento afirmam que algo é, ou que não é, porque a *vontade* manifestanda era essa. Não se pode ir esmiuçar, no pretérito, para se verificar se haVia incerteza, ou se não havia, menos ainda se há litígio, ou se pode vir a ter-se lide.

Se o negócio jurídico de reconhecimento se refere a negócio jurídico causal, nem por isso se torna ele causal.

Causal é o negócio jurídico de que se irradia a dívida, a obrigação, a ação ou a exceção que se declara. A causa do negócio jurídico a cuja eficácia (relação jurídica de divida, de obrigação, de ação ou de exceção) alude, reconhecendo-a, o negócio jurídico de reconhecimento, não se conta cria a esse.

2.VALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO RECONHECIDO. Nos negócios jurídicos de reconhecimento não há concessões, não há atribuições de direitos, pretensões, ação ou exceções. O que se atribui, dá-se: é a *declaração* mesma. O manifestante da vontade pode ter *errado,* como pode ter sido vítima de *violência,* ou de *doTo,* ou não ter *capacidade* no momento da manifestação da vontade. Mais: pode ser *ilícito* ou *impossível* o que se reconheceu. Se há ilicitude ou impossibilidade no reconhecido. ilícito é, ou impossível, o próprio reconhecimento.

a) Os pressupostos de validade do negócio jurídico de reconhecimento podem ser próprios, como se para o negócio jurídico de reconhecimento não tem capacidade o reconhecente, mesmo se ao tempo em que se diz ter havido o nascimento do direito a tinha o reconhecente, ou se há regra jurídica que protela, na espécie, a manifestação de vontade recognoscitiva (Código Civil, art. 145, V), ou que lhe exige pressuposto que não foi observado (ad. 145, III e IV). Cf. Tomo IV, § 407, 1.

b) Os pressupostos de validade do que se reconhece só-mente podem ser concernentes a atos jurídicos (atos jurídicos .*stricto sensu* e negócios jurídicos).

Não há pensar-se em nulidade ou anulabilidade de fatos jurídicos , lícitos ou ilícitos, nem de atos-fatos jurídicos. Todavia, o reconhecimento da pretensão à indenização por ato ilícito, que

cometeu o manifestante ao tempo em que era incapaz, é nulo, posto que se possa interpretar como assunção gratuita de dívida, se as circunstâncias o permitem. Se havia incerteza quanto a incapacidade do agente ao tempo do ato ilícito, não se pode negar cabimento ao negócio jurídico de reconhecimento.

§ 3.584. Eficácia dos negócios jurídicos de reconhecimento

1.NEGÓCIOS JURÍDICOS UNILATERAIS DE RECONHECIMENTO E NEGÓCIOS JURÍDICOS

BILATERAIS DE RECONHECIMENTO.

O que primeiro importa é saber-se quando se há de entender concluído o negócio jurídico de reconhecimento.

Se. unilateral, desde o momento em que o declarante da vontade o assina, com as mais formalidades, ou, segundo a lei especial, se há, satisfeitos os pressupostos de forma. Entenda-se, porém, que a revogação é possível, até que se dê a recepção, salvo se na própria declaração, ou em negócio jurídico ou ato jurídico *stricto sensu,* anterior ou posterior, pré-excluiu-se a revogabilidade.

Os efeitos do negócio jurídico de reconhecimento são inconfundíveis com os efeitos do negócio jurídico de que se irradiou a rela$o jurídica declarada.

Declarar não é constituir de novo. Nem a sentença, proferida em ação declaratória segundo o art. 2.~, parágrafo único, do Código de Processo Civil, 6 a única sentença proferida em ação declaratória, nem, a

/ortior4 a única sentença com eficácia declarativa, nem o negócio jurídico de reconhecimento é o único negócio jurídico declarativo. Com Me, estabelece-se a instáncia , *anterior,* de relação jurídica que corresponde a direito, pretendo, ação ou exceção de outrem, Não se trata de reprodução, nem, tão-pouco, de titulo novo. Nem de réplica de titulo primordial. Todas essas Imagens, um tanto literárias, tramem confusão.

Porque a declaração tem seu nome próprio em lógica:

6 enunciado de fato, ou proposição existenciaL Tratando-se de negócio

jurídico de reconhecimento, há £

vontade de enuncia. do de existência.

Nem se pode pensar em documentação nova, ou prova de ato anterior, ou de fato interior, porque o novo reconhecimento, enunciado é independente de toda referencia à prova anterior do direito. Quem declara faz mais do que provar.

Porém dai não se tiro que se constitui outra direito, outra pretensão, outra ação, ou outra exceção. Mesmo se nenhuma alusão se faz ao titulo ou documento anterior, a reconheci. monta não engendra outra rotação jurídica que pudesse ser posta no lugar da relação jurídica reconhecida, Do modo nenhum o direito, a pretensão, a ação ou a excogio , que tem aquilo a que foi reconhecida a direito, a pretendo, a ação ou a exceção, á *outro* direita, *outra* pretendo, *outra* ação, ou outra exceção. No próprio conceito de declaração, de reconhecimento, está a alusão à *transparência* digamos assim do que se diz.

Assim como a sentença de eficácia declarativa não constitui dúplice do direito, também o negócio jurídico declarativo não duplica o direito, não cria outro direito; apenas se irradiam direitos, pretensões, ações e exceções relativas à declaração mesma. Por não perceberem a diferença, alguns juristas foram vítimas da ilusão ótica, digamos de considerar outro direito o que aparecia através da declaração,Aqui cabem algumas referências e considerações sobre os negócios jurídicos que aludem a outros negócios jurídicos, de modo que auxiliem a esses.

Os *negócios jurídicos auxiliares* são negócios jurídicos que se juntam, sobrepondo-se, ou sub pondo-se, ou contrapondo-se a outro negócio jurídico, dito *negócio jurídico fundamental.* Assim, o *Hilfageachd/t* supõe, sobre, junto ou debaixo, o *GrundgeacMft.* Cf. MAS RIYMELIN (Zur Lebre von den Echuldyersprechen und Schuldanerkenntnissen des BGB., *Árchiv ter* dU *e«dliatUche Frazia,* 97, 226> e JULIUS SIEGEL (Die prlvatrechtllchen Funlctionen der Urkunden, *Ãrchtv fltr dli ei,Utatlache Fraxta,* 111, 69 a.). A auxiliaridade às vezes cresce de ponto, de modo que se tem o negócio jurídico de reconhecimento de divida como se tem o titulo de crédito abstrato, em que o *negócio jurídico bdalco* é negócio jurídico principal de que se libertou o negócio jurídico auxiliar, A abstração tem essa função de valorização do negócio jurídico auxiliar. Também acorre o mesmo com os *títulos Incorporantes.*

2.RELAÇÃO JURÍDICA DECLARADA, Á relação jurídica declarada está

no primeiro degrau e no negócio jurídico de reconhecimento positivo diz-se que *se* vi, que *ela elite* 14. A relação jurídica cuja existência se norma não está no primeiro degrau, onda poderia estar (divida), e no negócio jurídico de reconhecimento negativo afirma-se que *não se* vi, Quanto aos efeitos da relação jurídica declarada, ou do fato de não existir, nenhuma influência tem, a *priori,* o negocio jurídico de reconhecimento, positivo ou negativo. A contradição que pode resultar de ser falsa a comunicação de conheci. munia sOmente poderia ser afastada se resultou de violência, dolo, Lura, ou simulação, ou do outra razão de nulidade ou anulabilIdade.

Enquanto isso não ocorra, ou se isso não pode ocorrer, tem as somo verdade o que comunicou dentro do negócio jurídico de reconhecimento. Tem-se por existente o que não era, ou não era e não *é,* ou como inexistente o que lá está. Se unilateral o negócio jurídico de reconhecimento, o *alter,* que não está vinculado, pode exercer os seus direitos, pretensões, ações e exceções sem atender ao que o devedor, obrigado ou sujeito passivo da ação ou exceção, declarou, mesmo se negativo o reconhecimento.

Quanto ao declarante unilateral, está vinculado, e o que ele declarou torna indiscutível, *por ele,* a situação mesma (de existência ou de inexistência da relação jurídica). A respeito, J. UNCER (Zur Lebre vom Anerkennungsvertrag, *Jahrbucher fúr die Dogmatik,* VIII, 182), F. REGELSEERGER *(Pandekten,* 630) e MAX RVJMELIN (Zur Lebre von den Schuldversprechen und SchuldanerkenfltnisSefl des BGB., *Jahrbitcher f~r die Dogmatik,* 97, 291) frisaram existir o efeito de não mais poder o declarante pôr-se em contradição com o que declarou. Ocorre isso, mesmo se o que se declarou não coincide, em verdade, com o que se passava no mundo jurídico ou com o que se passava e se passa mesmo que a situação declarada não coincida com a declaração). O efeito é do negócio jurídico de reconhecimento, e não da relação jurídica declarada. Tal o que acontece com as sentenças de força , ou de eficácia imediata ou mediata declarativa, com a diferença que resulta de ser *de direito material* a eficácia do negócio jurídico de reconhecimento e *de direito processual* a da sentença.

Com a sentença de eficácia declarativa, o que se declarou há de ser entendido conforme a sentença, porque houve o exercício da pretensão à tutela jurídica, e à prestação jurisdicional é que se há de atender como expressão fiel (embora não o tenha sido) do que era e fora declarado.

Com o negócio jurídico de reconhecimento, quem exige o respeito da declaração não exige que a relação jurídica declarada, ou a situação

negativa declarada, seja interpretada tal como era ou como era e é, mas sim conforme está na declaração.

A criação e a modificação que sofra o mundo jurídico com o negócio jurídico de reconhecimento são eventuais. Mas tal eventualidade de modo nenhum retira ao negócio jurídico de reconhecimento a sua característica, que é a declaração, como a eventual *injustiça* da sentença de eficácia declarativa não a faz de força constitutiva.

Se a declaração diverge da relação jurídica declarada, não se pode pretender entre as pessoas vinculadas, ou em relação ao declarante unilateral vinculado, a alegação da divergência se não há causa de nulidade, ou de anulabilidade. Não há duas espécies de negócio jurídico de reconhecimento: um, o em que seria inalegável o erro, e outro, o em que seria alegável. Se o erro é determinante de anulabilidade (Código Civil, arts. 147, II, 1.8 parte, 86-91), há prazo de prescrição para a desconstituição do negócio jurídico.

Se ambos os figurantes sabiam que a relação jurídica declarada não existia, ou existia mas diferente do que se diz na declaração, não há pensar-se em alegação de erro. Se o caso é de simulação, regem os arts. 102-105 do Código Civil.

O art. 104 é de grande relevância. O art. 116 do Código de Processo Civil pode incidir.

Às vezes há *negotium mixtum cum donatione* e submete-se aos princípios (Tomo III, § 265, e IV, § 490, 1).

3. EFICÁCIA DE DIREITO MATERIAL. O negócio jurídico. de reconhecimento só se passa no plano do direito material. A sua eficácia é apenas materialística, e não, como pareceu a alguns escritores, processualística. Os efeitos processuais, que acaso surjam, derivam dos seus efeitos „de direito material, mesmo se, ao concluir-se o negócio jurídico de reconhecimento, já está pendente alguma lide, ou se estão pendentes algumas lides, a propósito de relação jurídica, ou de relações jurídicas que ele declare. Assim, a superveniência do negócio jurídico de reconhecimento, ou a aparição dele, com a conseqüente juntada ou alegação no processo, apenas pode ser atendida como elemento da *res in iudicium deducta.*

Em todo caso, o negócio jurídico de reconhecimento, por seus pressupostos de fundo e de forma, pode conferir à relação jurídica efeito seu, ou efeitos seus. Por exemplo: a relação jurídica declarada não era, *ex hijpothesi,* clara, nem liquida, e o negócio jurídico de

reconhecimento apresenta todos os requisitos para a executividade, como título extrajudicial *(e. g.,* Código de Processo Civil, art. 298, XII). A relação jurídica que Veio a ser declarada não constava de título executivo; agora, com o negócio jurídico de reconhecimento, a sua declaração dá ao titular da pretensão a ação executiva.

Cumpre observar-se que a aquisição de efeitos que a relação jurídica não tinha também pode ocorrer se unilateral O negócio jurídico de reconhecimento, e foi mérito de GINO GOELA *(L"Ássegnazione giudiziae dei crediti,* 44 s.) frisar esse ponto.

O juiz tem de examinar a relação jurídica, a que se refere a *res in judicium deducta,* e atender, se ainda pode conhecer de documentos não apresentados antes, ao que se declara no negócio jurídico de reconhecimento, mesmo se unilateral. Entenda-se, porém: a) que o negócio jurídico unilateral, em que foi figurante o autor, somente pode ser invocado pelo réu, como o negócio jurídico de reconhecimento unilateral, em que foi figurante o réu, só o autor pode invocar; b) que à eficácia do negócio jurídico unilateral só há de atender o juiz se tempestivamente foi produzido em juízo o documento.

No negócio jurídico de reconhecimento, há a comunicação de conhecimento, o enunciado de fato, mas Asse enunciado de fato, essa comunicação de conhecimento, só seria de apreciar-se como meio de prova. O

negócio jurídico de reconhecimento é mais do que isso, de modo que precisa ser levado ao juízo, pela parte beneficiada por ele, ou pelo declarante com o consentimento da outra parte, que assim faz sua a invocação. 0

art. 181 do Código de Processo Civil apanha a espécie. Nele está dito que, depois da contestação, não pode o autor, sem consentimento do réu, alterar o pedido, ou a sua causa, nem desistir da ação. Todavia, se nenhum prejuízo resultaria da desistência, a recusa do réu é repelida (art. 181, parágrafo único). Apresentado nos autos, ou em audiência (cf. Código de Processo Civil, art, 223), o negócio jurídico unilateral de reconhecimento, pela parte que não fêz a comunicação de conhecimento, entende-se que admitiu a sua eficácia. Pelo figurante, tem de ser ouvida a outra parte (Código de Processo Civil, art. 223, parágrafo único).

O negócio jurídico bilateral de reconhecimento pode ser junto aos

autos ou apresentado em juízo por todos, por alguns ou por um dos figurantes.

Tem-se pensado em considerar-se o negócio jurídico de reconhecimento, se a relação jurídica proveio de outro negócio jurídico, como segunda veste do mesmo objeto. O defeito de tal explicação consiste em que se toma como objeto do negócio jurídico de reconhecimento o que fora objeto do negócio jurídico de que se irradiara a relação jurídica. O que se declara, no negócio jurídico de reconhecimento, é a relação jurídica que resultara do negócio jurídico anterior; não o negócio jurídico anterior (tratar-se-ia de acordo de interpretação, ou elemento probatório, unilateralmente produzido, para interpretação), *a fortiori,* o objeto de tal negócio jurídico.

Quando o reconhecente de qualquer maneira ofende o direito, pretensão, a ação ou a exceção de outrem, que ele reconheceu, viola o negócio jurídico de reconhecimento e ao mesmo tempo a relação jurídica declarada.

Dá-se o mesmo se declarada foi a inexistência da relação jurídica, porque, para a esfera jurídica de quem a declaração favoreceu, afirmar a existência é infração.

Um dos efeitos materialísticos do negócio jurídico de reconhecimento é a interrupção da prescrição (Código Civil, art. 172, V; Decreto n. 21.628, de 18 de julho de 1932, art. 1.0). O próprio reconhecimento pelo ato jurídico *stricto scnsu* tem tal efeito. De modo que não se pode dizer que é efeito do negócio jurídico de reconhecimento, é efeito, do reconhecimento que se *quis* no negócio jurídico. No art. 172, V, do Código Civil, que corresponde a regra jurídica comum ao direito privado e ao direito público, fala-se de qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor (do direito, da pretensão, ou da ação, pelo devedor, entenda-se).

A respeito dos prazos para a aquisição pela posse (usucapião), cumpre advertir-se que, se o reconhecente poderia alegar. a boa fé, o negócio jurídico recognoscitivo impede que o faça. pois se fez , *ex nune,* de má fé, reconhecendo (cf. ROGER MERLE, *EssaS de contribution à lá Th4orie générale de PActe dérlctratif,* 18).

Se o negócio jurídico de reconhecimento não deixa perceber-se qual a espécie da divida, de jeito que se saiba qual o prazo especial de prescrição que corresponde à pretensão o~ ação que dele se irradiou, tem-se como regida pela regra jurídica geral Sobre prazos prescricionais.

Deve-se evitar a alusão à retroatividade. Se o direito reconhecido nasceu no momento da declaração, tal direito iniciou-se e iniciou os seus efeitos no momento mesmo em que se iniciou o negócio jurídico declarativo e se iniciou a sua eficácia. O efeito do negócio jurídico de reconhecimento é declarativo; o da relação jurídica declarada somente ela o poderia ter. Confusões pululam. Certo, P. HÉBRAUL *(Cours de Droit civil,* 167). O negócio jurídico declarativo, Esse, em si, tem eficácia desde que se perfez. Se ele atribuiu ao negócio jurídico de que procede a relação jurídica declarada, ou a essa, data que não era a verdadeira, passa-se o mesmo que a respeito da sentença declarativa que tivesse sido injusta. Os meios para o ataque a essa, ou àquele, são outra questão. Mesmo em caso de cabimento, os efeitos da relação jurídica declarada são aqueles que se teriam produzido se verdadeiros os enunciados existenciais contidos no negócio jurídico de reconhecimento.

4. TEMPO EM QUE COMEÇA A EFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO DE RECONHECIMENTO. Em si, o negócio jurídico de reconhecimento somente é eficaz a partir da sua conclusão. Mas ele declara relação jurídica. Os efeitos da relação jurídica declarada são aqueles que são compatíveis ou resultam da comunicação de conhecimento contida no negócio jurídico de reconhecimento. Não se trata de retroatividade. Trata-se de declaração do que, *ex hijpothesi,* existia.

Assim, a declaração de relação jurídica de que ainda não surgiram todos os direitos só tem referência explícita ou implícita à surgibilidade desses direitos. A declaração de relação jurídica de que ainda não se irradiou pretensão alude, explícita ou implicitamente, à pretensão ou às pretensões que hão de surgir ou que podem surgir. A transparência do negócio jurídico de reconhecimento somente permite que se vejam os efeitos do que foi objeto da declaração, efeitos da relação jurídica ou das relações jurídicas declaradas. Não há retro eficácia , como seria absurdo, em que alguns juristas incorrem, falar-se de retroatividade da sentença de eficácia declarativa. De passagem observemos que os juristas da teoria do negócio jurídico de reconhecimento como ato constitutivo são propensos a negar a retroatividade, porque a constitutividade seria incompatível com isso. Grave erro, pois não há tal incompatibilidade entre constitutividade e eficácia *ex tune,* como não existe correspondência necessária entre declaratividade e eficácia *ex tune.* Há sentenças constitutivas, como há negócios jurídicos constitutivos com eficácia *ex tune.*

O negócio jurídico de reconhecimento, com a sua transparência, apenas deixa *ver-se* de onde começa, no tempo, a eficácia, ou de onde

começa cada efeito. Mesmo se não corresponde à verdade, é isso o que se *vê,* ilusão de ótica, que também ocorre a propósito da sentença *injusta* (= com inverdade) de eficácia declarativa.

Na própria doutrina alemã, havia o erro de se considerar incompatível com a constitutividade da sentença a eficácia *ex tune,* mas isso foi posto de lado, definitivamente. Quanto aos negócios jurídicos declarativos, com eles ocorre o mesmo que se dá a propósito das sentenças declarativas: a situação, no tempo, da relação jurídica que se declara, é que fixa o momento dos efeitos da relação jurídica, de modo que a declaração não tem momento de efeitos, salvo da sentença mesma *(e. g.,* trânsito em julgado).

A eficácia do negócio jurídico de reconhecimento é declarativa, de modo que os efeitos declarados têm o seu trato de tempo próprio, a sua situação temporal. Se, no negócio jurídico de reconhecimento, se põe noutro momento a relação jurídica declarada, ou algum, alguns ou todos os seus efeitos implícita ou explicitamente declarados, há a contradição a que acima aludimos, possivelmente insuperável, como acontece com as sentenças de eficácia declarativa *injustas* mas *irrescindiveis.* A *antedata* em declaração somente é atacável se há pretensão à desconstituição do negócio jurídico em que possa ser exercida. Mas a antedata não é a única inverdade que, no tocante à relação jurídica declarada, pode conter a proposição existencial inserta no negócio jurídico de reconhecimento.. E outras há, muitas e freqüentes .

Os efeitos próprios do negócio jurídico de reconhecimento começam no momento em que ele se concluiu. Os efeitos da relação jurídica declarada, ou a própria relação jurídica declarada, ou as próprias relações jurídicas declaradas situam-se no tempo conforme nasceram, e o negócio jurídico de reconhecimento ou declarou a relação jurídica, ou as relações jurídicas, ou os seus efeitos, *com verdade,* ou *contra a verdade.* Mas isso, em princípio, não importa, se não há meio para se desconstituir O negócio jurídico de reconhecimento, ou para se lhe declarar a ineficácia.

Quanto aos terceiros, não estão eles sujeitos à *vinculação* negocial. A solução é a mesma que se tem a respeito das sentenças de eficácia declarativa: é preciso que algum ato haja ligado os terceiros, para que a declaratividade os atinja. Os sucessores a causa de morte e entre vivos ficam expostos à eficácia do negócio jurídico de reconhecimento, segundo os princípios gerais.

Resta o problema da invocabilidade, pelos terceiros, do negócio

jurídico de reconhecimento, se têm interesse nisso.

5. SANAÇÃO. Os negócios jurídicos de reconhecimento têm eficácia sanatória como teria a declaração de vontade ratificativa, mas para isso é preciso que dele conste a vontade de ratificar, o que somente ocorre se o manifestante da vontade recognoscitiva *conhecia* o vício do negócio jurídico de que proveio a relação jurídica declarada. Por exemplo, E. DERNEURG *(Pandekteft,* ~, 7.~ ed., § 84) tratou dos dois institutos no mesmo parágrafo, sem que os confundisse.

Reconhecimento ~ a manifestação de conhecimento, pela qual se estabelece a existência (ou a não-existência) ou o conteúdo de determinada relação jurídica. O que se reconheceu tem-se como foi declarado pelo reconhecente. Isso, no tocante a ele. Não mais se pode discutir quanto ao que era duvidoso antes, nem cabe apurar-se se era assim, ou não, o mundo dó direito, no que se referia à relação jurídica declarada- O manifestante da vontade quis que assim fosse , não constitutiva, mas declarativamente.

Considera-se o negócio jurídico de reconhecimento como fonte de obrigações. Todavia, o que se põe em linha de causação é a declaração mesma, a vinculação ao que se declarou.

A *ratificação,* a *ratibabitio,* confirma o que existe com deficiência do suporte fático, para que se valide, isto é, para que se dê a sanação. Com isso, há o preenchimento do suporte láctico, a que, deixando de ser deficiente, corresponde o negócio jurídico válido. Enquanto, o reconhecimento se refere a relação jurídica, ou a relações jurídicas, a ratificação concerne ao ato jurídico, ao negócio jurídico de suporte fático deficiente.

Ao reconhecimento interessa a *existência* ou a *não existência* da relação jurídica. À ratificação, a *validade* ou a *eficácia* do negócio jurídico. Por isso, o reconhecimento pode ser de relação jurídica (divida, obrigação, ação, exceção), qualquer que seja a fonte (fato jurídico *stricto seneu,* lícito ou ilícito; ato-fato jurídico, lícito ou ilícito; ato jurídico *stricto sen.su,* lícito ou ilícito; negócio jurídico). A ratificação só se dirige a negócio jurídico; excepcionalmente, a ato jurídico *st-icto sensu.*

Com a ratificação, o negócio jurídico considera-se são, válido, desde o princípio (L. 25, C., *de donationibus inter virum et uxorem,* 5, 16; L. 7, (7., *ad Sena tus Consultum Macedoniarum,* 4, 28), ou eficaz.

Os vícios cio ato juridico de que resulta a relação jurídica declarada somente se sanam como negócio jurídico de reconhecimento se há

conhecimento deles e se, no negócio jurídico de reconhecimento, se revela tal conhecimento, de modo que a ratificação se dê. Nem sempre, quando negocialmente se reconhece relação jurídica, se alude ao negócio jurídico de que ela se irradiou, nem, a *fortiori,* se tem o reconhecimento como ratificação, ou como renúncia à pretensão desconstitutiva do negócio jurídico, cujo vício se desconhecia (cf.

E. BARASSI, *Teoria çl, fla Vatif ira dei contratio annullabile,* 194 *e* 205).

A teoria do reconhecimento execução voluntária é de repelir-se. Não se executa declarando-se; declarar não é executar, nem constituir, nem, sequer, condenar-se.

Insuficiente estudo da classificação científica das ações, das sentenças e dos próprios fatos jurídicos, quanto à sua eficácia, tem levado os juristas a lamentáveis confusões entre elemento declarativo, elemento constitutivo e elemento executivo, às vezes entre eles e o elemento condenatório ou □o mandamental. Quem só declara não condena; *a fortiori,* não executa.

6. EFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO DE RECONHECIMENTO, NO TOCANTE A TERCEIROS. O

negócio jurídico de reconhecimento somente tem os efeitos ou somente vem a tê-los se satisfaz os pressupostos que seriam de exigir-se à fonte da dívida, da obrigação, da ação, ou da exceção, que se declarou, para que tivesse tais efeitos.

O reconhecimento de situações de direito real, inclusive de direito de posse, não pode ter efeitos que a atitude do reconhecente não teria se a sua atitude fosse a de outorga de direito, pretensão, ação ou exceção.

Assim, o possuidor mediato, A, em relação a alguém, terceiro, C, que é possuidor imediato, se reconhece ser B o possuidor imediato, não pode esperar, nem o pode B, que tal reconhecimento seja oposto a C. Passa-se o mesmo se A reconhece a posse *ad usucapionem* de B, contra o poder fático de C.

Quem, A, vendeu o bem a C não pode pretender que o negócio jurídico de reconhecimento"entre ele e B seja decisivo para que C não tenha adquirido a propriedade.

Os efeitos dependentes de registro e outros pressupostos de publicidade somente têm eficácia *ex nune.*

CAPITULO V

PROMESSA UNILATERAL

§ 3.585. Conceito e natureza

1. DAÇÃO E PROMESSA. É preciso que se distingam dos negócios jurídicos em que se dá, mesmo que só se dê declaração de relação jurídica, as promessas que fazem nascer pretensões e ações. Quem eficazmente promete tem de cumprir o prometido. Ainda não deu.

O prometer ocorre no mundo fático. Nem todas as promessas entram no mundo jurídico. Para que entrem algumas delas, ou muitas entrem, é preciso que o sistema jurídico lhes permita a classificação como fato jurídico. De ordinário, como negócio jurídico.

Se a promessa é vinculativa por si só, ou se é vinculativa e geradora de pretensões e ações, responde o sistema jurídico. A vinculação pode independer de aceitação por outrem, e então se trata de negócio jurídico unilateral, ou de ato jurídico *stricto sensu* unilateral, ou de ato-fato jurídico unilateral. Ás vOzes, aparecem promessas que são atos jurídicos ilícitos, como a promessa de praticar crime. Se a promessa vincula até que seja aceita, ou até que se tenha por não aceita, ou que o promitente a retire (a revogue), a sua unilateralidade é provisória. Trata-se, então, de negócio jurídico bilateral, e em vez de promessa há oferta, O assunto será versado com pormenores quando cogitarmos dos negócios jurídicos bilaterais.

Conforme teremos ensejo de expor, através de exame do direito antigo, do medieval e do moderno, a vinculação oriunda da promessa unilateral, manifestação unilateral de vontade, é vinculação *sem* alguém aceitar, ou receber, ou, até, determinar-se. Todo o problema consiste em se saber como se constitui a relação jurídica entre o promitente e aquela pessoa que não se sabe quem seja, ou que, talvez, ainda não haja preenchido os pressupostos para que lhe nasça a pretensão. Quem diz relação, física, química, bIológIca, jurídica (e até matemática), diz ligação entre dois pontos, entre dois pólos. A manifestação de vontade pode ser unilateral. A relação jurídica. que dela nasce, não. Dai o problema de se dizer quem é o outro pólo da relação jurídica, se *ainda* não se sabe quem é a pessoa em favor de

quem se Irradiou a vinculação .

Já aqui há um ponto que merece toda a atenção: à simples vinculação corresponde dever; a pretensão nasce como efeito da obrigação, no sentido estrito e próprio, e exige que alguém, determina, pretenda. O direito pode nascer a todas aquelas pessoas que possam vir a ser titulares de pretensão ou de ação A pretensão consiste na exigibilidade e a ação na possibilidade de se levar a cabo exigência , hoje com o monopólio estatal da justiça de regra só mediante exercido da outra pretendo, a pretensão à tutela jurídica.

ATIVO DA RELAÇÃO JURÍDICA . = Teremos anseio de assentar que não precisa ser determinar pessoa, que, no inicio da vinculação , se possa apontar. Já aqui o sentido de determinação há de ser fixado. Me o ato fugiu e o dono do cão promete recompensa a quem o tenha em seu poder, ou possa apanhá-lo e entrega , não deixa de haver, em certo sentida, determinação (quem o tem em seu poder, ou quem o venha a ter em seu poder). A ignorância de quem meia deriva da falta de informes, e todos sabemos que nenhuma coisa deixa de ser pelo simples fato de ignorarmos Me a Ignorância A quinto a quem venha a ser a pessoa, nada mais compreensível por todos nós do quem de direito.

O que surpreende e perturba os juristas é o fato de ser possível que, no momento de começar o vínculo jurídico, *ainda* não haja ocorrido estar o cão em poder de alguém, que o apresente. Surpreende e perturba, dissemos, ver-se a diferença entre o inicio da vinculação e a satisfação dos pressupostos. O direito nasce a alguém, que, no momento, *ainda* nada fez que pudesse justificar o seu direito. Se chamamos pessoa indeterminada, *incerta persona,* a essa pessoa que não se sabe quem seja, prestamos demasiada atenção à diferença de momentos:

o momento em que o promitente se vincula e o momento em que alguém explicitamente se “legitima”. Em verdade, o promitente pode ignorar quem (já) achou o cão, como tem de ignorar quem o vai achar (ainda não o achou). Sue fato não há de influir para que se tenha como unilateral a relação jurídica, *o que seria absurdo.*

Tem-se, portanto, de frisar que a unilateralidade é somente da promessa, da manifestação de vontade. A relação jurídica necessariamente A bilateral, ou plurilateral. Relação entre o ser *g* o não ser seria bilateral, relação entre o que é e o nada. A relação jurídica que corresponde‟ á. vinculação do promitente,, nas manifestações unilaterais de vontade, é entre quem prometeu e o

destinatário , conhecido ou não conhecido, já munido de todos os pressupostos para exigir, ou ainda não munido, Aqui, o emprego da distinção entre *direito* e *núcleo"* presta enorme serviço. Qualquer pessoa que tenha consigo o cão, ou que posa vir a tê-lo, já é titular do direito. Não tem ainda a pretensão, Ainda não pode exigir o cumprimento da promessa. Quando o puder exigir e, exigindo-o, não cumprir a promitente aquilo que teria de cumprir, nasce ao titular do direito a *ação* condenatória contra o promitente. A ação declaratória,porque pode referir-se sã ao direito, ou só ao direito e pretensão, ou à preteimão e à ação, ou só à pretensão ou à ação, nasce *publlon* no momento em que o promitente JÁ ensejo a que ele precise da declaração do eu direito, da sua pretensão, ou „da sua ação

Para Atendermos a rigor teuminológico, Mó empregamos a expressão "unus ex publico" quando 16 A Alguém, que fez parte da publicação a pretensão~ A pretensão ao premio, ou a qualquer prestação prometida, não e, contudo, a única Se B, pessoa incluída no círculo a que se dirigiu a promessa, ainda não satisfez o pressuposto. mas *precisa* da declaração da vincularidade, isto é, precisa ser a *ceita* o que foi que se prometeu, já lhe assistem pretensão e ação. Por onde se vê que a vinculação não é unilateral; unilateral foi a manifestação de vontade do promitente.

Para se chegar a Esses pontos, foi longa a caminhada. O exame dos fatos históricos relativos à vincularidade das promessas ao público tem de ser feito com todo o cuidado, para que se possa focalizar a vacilação dos próprios juristas dentro deles e do seu alcance.

3. OBJETO DA PROMESSA. O que pode ser prometido bilateralmente pode, em principio, ser prometido unilateralmente. A própria promessa de contratar, o pré-trato, pode ser unilateral. Promete A a E que, no dia 12 do mês próximo, estará no Rio de Janeiro e assinará o contrato de compra-e-venda. Diante de tal declaração de vontade, que A emite, só se tem de indagar se ele a concebeu como oferta de pré-contrato, ou a fêz sem qualquer necessidade de manifestação acorde de vontade, por parte de E. Se foi unilateral a manifestação de vontade por parte de A, e no dia 12 não está ele no Rio de Janeiro, nem se fêz representar para o adimplemento, responde .ele por sua falta. *Ex hijpothesi,* B nada prometeu. Nem *aceitou.*

Posto que o Código Civil, arts. 1.512-1.517, somente haja cogitado da promessa de recompensa, essa não é mais do que espécie de promessa ao público, como a promessa ao público apenas é espécie de promessa

unilateral. No exemplo que demos acima ressalta que a unilateralidade pode existir sem que a manifestação de vontade se dirija ao público, ao *tatus ex publico.* A promessa ao *unia ex publico* também pode ser concebida como elemento de negócio jurídico bilateral. Então, é *oferta,* e não promessa unilateral.

Quanto ao objeto:

a) Promete-se dar, fazer, ou não fazer. Quem promete ao público dar coisa certa, submete-se a regras jurídicas que se dirigem, em geral, a todos os obrigados a dar. O *unta ex publico,* ou a própria pessoa determinada, dita *certa persona,* a que se prometeu, não está sujeito a receber outra coisa, em vez daquela que foi prometida, ainda que mais valiosa (Código Civil, art. 863). Se a promessa é de coisa indeterminada, a escolha é do promitente, se o contrário não resultou do titulo (ad. 875, 1~a parte): não pode dar a coisa pior, nem pode ser

constrangido a dar melhor (ad. 875, □

2 a parte). Se a promessa é de fazer, tem-se de indagar se, pelo título, ou pelas circunstâncias a que implicitamente se refira, o promitente se obrigou a prestar pessoalmente, ou se a isso não se obfigou (ad. 878). Se o prometido foi *non facere* e o promitente pratica o ato de que devera abster se, pôde ser exigido que desfaça o que fez , sob cominação de ser desfeito à sua custa e com o ressarcimento das perdas e danos (ad. 883). Se, sem culpa do devedor, se tornou impossível a abstenção, extingue-se a divida (ad. 882).

b) A *promessa de garantia* pode ser unilateral. Tem-se exemplo na promessa de garantia real ou fidejussória, que é vinculativa. Em lugar de contrato de constituição de direito pessoal ou real de garantia, ou do *acordo de constituição de garantia real,* há o negócio jurídico unilateral, como se passa a respeito do devedor que pede concordata (cf. Torno XXX, § 3.494, 4), promessa essa que é elemento para o exercício da pretensão à concordata.

A *promessa unilateral do devedor que pede concordata* não é negócio jurídico unilateral à parte; é elemento do suporte láctico para a obtenção da decretação da concordata (Tomo XXX, § 3.455, 3). A outorga unilateral de espera é “relevante razão de direito”, no sentido do art. 140, II, do Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945. (cf. Tomo XXX, § 3.458, 3).

c)Os juristas que identificam a promessa ao público, abstrata, e o

negócio jurídico de reconhecimento, que também é abstrato, erram palmarmente, embora estejam dentre os maiores. Quem reconhece não promete, *declara;* o que tinha de ser feito, fez se: não se tem de prestar, prestou-se. Nem. o fim de um e o do outro instituto são o mesmo.

4.EFICÁcIA DAS PROMESSAS UNILATERAIS. Se são dois ou mais os promitentes e divisível a prestação, é de entender-se que há tantas dividas iguais e distintas quantos os promitentes (cf. Código Civil, ad. 890). Se indivisível a prestação, cada um responde pelo todo (art. 891),. O promitente que paga toda a divida, sub-roga-se no direito de quem recebeu, no que se refere aos outros promitentes (art. 891, parágrafo único).

Se algum dos titulares de direito contra o promitente ou Contra os promitentes exige toda a prestação, o adimplemento a todos, ou a um, que preste caução de ratificação pelos outros credores, exonera aquele promitente ou todos os promitentes (Código Civil, art. 892).

No caso de remissão de dívida por um só dos credores, a dívida não se extingue para com os outros, mas Esses somente podem exercer as suas pretensões. com desconto da quota de dívida que foi remitida (art.

894 >. Observa-se o mesmo em caso de novação, compensação ou confissão (art. 894, parágrafo único).

No caso de inadimplemento em espécie que faça ser exigível o equivalente em dinheiro, todos os promitentes respondem se a culpa foi de todos. Se não foi de todos, respondem os culpados (cf. Código Civil, art. 895 e §§

1.0 e

As obrigações oriundas de declaração unilateral de vontade podem ser solidárias.

§ 3.586. Espécies de promessas unilaterais

1.TIPICIDADE E UNILATERALIDADE FREQÜENTES . Alguns negócios jurídicos unilaterais, por sua freqüência , se tornaram típicos, sem que se possa dizer que a lei estabeleceu a tipicidade. Certamente, faltou doutrina que apresentasse aos legisladores o quadro das promessas

unilaterais, mostrando-lhes as espécies.

Porém faltou mais: a análise dos fatos, para se ver que não há unilateralidade das promessas somente quando elas se dirigem ao público.

Mais ainda. Há promessas em títulos ao portador, sem que se possa dizer que em todos os títulos ao portador haja promessa. Se há representatividade, o subscritor do titulo ao portador não promete.

No Código Civil, os arts. 1.512-1.517 cogitaram da promessa de recompensa. Mas a promessa de recompensa ni~o é a única promessa ao público. Os arts. 1.512-1.517 referem-se à promessa de recompensa ao público (cf. art. 1.512, *verbis* "por anúncio?"), e não à promessa de recompensa a determinada pessoa, que também pode ser unilateral. Por outro lado, pode-se prometer, unilateralmente, sem que se trate de recompensa. Assim, o sistema jurídico brasileiro tem as promessas ao público que não são de recompensa e tem as promessas de recompensa que não são ao público, posto que unilaterais. Quem promete a E

recompensa, sem que espere a manifestação de vontade do destinatário, promete unilateralmente.

2.DOCUMENTAÇÃO, INcORPORAÇÃO E REPRESENTATIVIDADE. A propósito dos títulos ao portador, cumpre sempre advertir-se que a inominação estabelece a circulabilidade, porque ou neles se inserem direitos reais (o que permite a mudança da titularidade), ou se promete prestação, inclusive direitos reais. Os títulos ao portador tanto podem ser *títulos representativos* (Tomos XV, §§ 1.821, 1.825-1.834, 1.765, 1, 1.781, 1; XIX, § 2.300, 3; XX, §§ 2.500-2.502) como podem ser simples cártulas de obrigação.

O título ou só documenta, ou incorpora. Se incorpora, ou só incorpora, ou representa, assunto já longamente versado.

A promessa pode incorporar-se, como se pode incorporar o direito real. Também é incorporável a promessa de direito, mas, aí, não há falar-se de direito real que se incorporou no titulo, e sim de incorporação de promessa.

A característica do título ao portador é que a sua função de forma supõe círculo pessoal dentro do qual está o *unus ex publico.* O endosso em branco também a tem.

No direito das obrigações , não há tratar-se dos títulos incorporativos de direitos reais, salvo por exigência da unidade do regramento jurídico (títulos ao portador, títulos cambiários).

3.PROMESSAS UNILATERAIS A “INCERTA PERSONA” E A “CERTA PERSONA”. A promessa unilateral, como o negócio jurídico unilateral de eficácia real, pode ser a pessoa determinada, *certa persona.*

Se A endossa a E a letra de câmbio, ou o título representativo, não é preciso que E aceite. Houve a declaração unilateral de vontade, com vinculação. O que acontece é que, enquanto E não recebe o título, ou enquanto alguém não o recebe para ele, ou, se alguém o recebeu, E não o reclama, pode A, que o tem em mãos, ou o pode reaver, cancelar o endosso . Esse cancelamento é apenas a revogação por ato material de riscadura.

As observações feitas aqui servem para se ter presente que o trato das promessas unilaterais de vontade, mesmo fora da composição dos negócios jurídicos bilaterais em que a oferta, anterior, de muito, à aceitação, vincula, de modo nenhum se Testingue ao das promessas ao público. As leis, ao falarem de promessas de recompensa, apenas cogitaram dos pontos difíceis isto é, das regras jurídicas sobre promessa dê recompensa ao público e assim deixaram de fora as promessas de recompensa a pessoa determinada, que é vinculativa e obrigativa como qualquer promessa de recompensa ao público. A redação é que difere. A *publicidade* como que determina a recepção pelo *alter,* ao passo que a promessa de recompensa a pessoa determinada tem a sua *recepção* menos adstrita à divulgação. Isso não significa que não se possa, por anúncio, cartaz, ou publicação pelo rádio ou pela televisão, fazer chegar a pessoa certa a promessa de recompensa. Chegar, dissemos. Não é preciso que haja aceitação: a promessa é unilateral, embora a pessoa determinada, e vincula.

Subiu H, homem, no esputinique, que foi lançado à lua, e alguém, no Brasil, promete que, voltando, ele ou seus herdeiros receberão a fazenda de que o promitente é dono. No direito brasileiro, tal promessa vincula e entende-se que não é revogável, porque o prazo está implícito: o tempo em que poderia voltar.

4.MANIFESTAÇÕES UNILATERAIS DE VONTADE, GERADORAS OU NÃO DE OBRIGAÇÕES

ABSTRATAS. Há manifestações unilaterais de vontade que entram no mundo jurídico como negócios jurídicos unilaterais abstratos e outras

que entram como negócios jurídicos com causa (= sem abstração). Daí ter sido errado o caminho que tomaram aqueles que viram ab~tração em todos os negócios jurídicos unilaterais e explicaram a permissão da unilateralidade vinculativa como conseqüência da abstratividade do negócio jurídico, ou vice-versa.

A promessa que A faz de prestar z, sem nenhuma alusão, explícita ou implícita, ao fato de que derivou a dívida, ou de que deriva, de modo nenhum se há de confundir com a promessa em que há aquela alusão. Se A diz "prometo prestar-te dez, ou "prometo pagar-te dez", unilateralmente e abstratamente se obriga. Não é o mesmo escrever ou pronunciar "prometo prestar-te dez, porque te devia essa quantia", ou "prometo pagar-te dez do que te devo do empréstimo", ou

"prometo pagar-te dez que me emprestaste". Quem fala de mútuo, que existiu ou existe, ou de compra-e-venda, que existiu ou existe, ou de outro negócio jurídico causal, não promete abstratamente.

Em se tratando de negócio jurídico de reconhecimento, Esse é que é abstrato.

As regras jurídicas de vincularidade das promessas unilaterais independem de serem elas mesmas causais, ou de serem alusivas à causa de outra dívida.

As dificuldades que podem surgir se o negócio jurídico não se refere, expressamente, à causa, a ponto de haver dúvida na interpretação dele, para se saber se é causal ou se é abstrato, de maneira nenhuma podem ser apontadas em argumento contra a possível abstratividade dos negócios jurídicos unilaterais, nem, tão pouco, contra a unilateralidade dos negócios jurídicos.

5.PROMESSA DE DAR, OU DE FAZER, OU DE NÃO FAZER, E PROMESSA DE PAGAMENTO. A promessa de pagamento é promessa de ato fato jurídico, mas a alusão a pagamento desce até a fonte da dívida ou da obrigação de que se irradiou a dívida ou a obrigação. Não é possível reputarem-se idênticas. A promessa de dar, ou a de fazer, ou a de não-fazer *cria* a dívida, ou a dívida e a obrigação; a promessa de pagamento *cria,* certamente, um dever a mais, mas Esse dever é de cumprimento de outro. Prometer pagar não é prometer, originariamente , dar, ou fazer, ou não-fazer; é prometer que adimplirá a dívida de dar, de fazer, ou de não-fazer.

§ 3.587. Evolução histórica

1.LEI E VINCULATIVIDADE DAS MANIFESTAÇÕES UNILATERAIS DE VONTADE. Dizia SILVIO

PEROZZI *(Le Obbligazioni romane,* 144) não saber dividir as obrigações senão em dois grupos: o das que nascem do contrato e o das que nascem da lei, o da força do. indivíduo e o da força da organização social.

Teremos ensejo de ver que tal asserção é insuficiente. Aliás, apontam-se, no direito romano, outros exemplos de ato jurídico sem convenção. C4riám, porém, fora do assunto.

Na L. 4, § *4,* D., *de condictione ob turpem vel iniustam causam,* 12, 5, dá-se ao dono do escravo fugitivo, se Esse deu dinheiro a alguém para que não o descobrisse, ação para reaver o dinheiro entregue, mas, se o proprietário entregou o dinheiro para que terceiro lho indicasse e ele pudesse, assim, prender o escravo, não lhe será concedida a ação, porque não há crime em receber tal recompensa (L. 4, § 4, *O., de condictione ob turpem vel iniusta*"*m causam,* 12, 5: "Si tibi indicium dedero, ut fugitivum meum indices vel furem rerum mearum, non poterit repeti quod datum est: nec enim turpiter accepisti. quod si a fugitivo meo acceperis, ne eum indicares, condicere tibi hoc quasi furi possim: sed si ipse fur indicium a me accepit vel 1 uns fugitivi socius, puto condictionem locum habere"). No texto de ULPLANO, que ai se transcreve, diz-se que, se eu te dera prêmio para que descobrisses meu escravo fugitivo, ou o ladrão de coisas minhas, não se pode repetir o que se deu, pois não recebeste torpemente. Se o recebeste de fugitivo meu, para que não o descobrisses, poderei reclamá-lo pela condição, como quase furto. Se o prêmio o recebeu o ladrão, ou cúmplice do ladrão, ou do fugitivo, ULPIANO afirmava caber a *condictio.*

Portanto, o único efeito, que a lei aponta, seria o de não se permitir a repetição. Daí afirmarem alguns juristas que a promessa de recompensa produzia obrigação natural, no estrito sentido romano. Não é aqui o lugar para aprofundarmos estudo tão melindroso, mas algumas notas virão em bom ensejo. Nem sempre se dá a *obligationes naturales* o mesmo significado: ora designam as obrigações do direito natural, ora as *natu rales tantum,* categoria das *obligationes naturales* em geral. A repetição, pela *condictio ob turpem vel irnustam causam,* não pressupunha obrigação natural. Podia-se repetir, quando desonesta a causa.

Alguém prometeu, outrem executou o serviço, irrepetível seria, não pelo caráter de obrigação natural, mas porque havia causa não torpe,

não injusta, para ter recebido.

2.EXAMES DE PRETENSOS NEGÓCIOS JURÍDICOS UNILATERAIS. A *dictio dotis,* o *jusiurandum liberti,* e o *juramentum promissorium* têm sido apresentados como exemplos de manifestação unilateral de vontade. Mas RENI WORMS *(De la 1/o louté unflatérate,* 16) discordou: "Eis aí (diz-se) exemplos múltiplos de obrigações nascidas de vontade unilateral. Cremos que não há nada disso. Nos diversos atos que acabamos de mencionar, vemos verdadeiros contratos, que não têm de unilateral senão a expressão exterior. Com efeito, em todos esses atos, há, na essência, acordo de vontades". O assunto não nos interessa de frente, de modo que o trataremos o mais sucinta-mente que nos for possível.

3. "DICTIO DOTIS". A *dictio dotis* não era negócio jurídico unilateral <1,. ARNDTS, *Lehrbuch der Pandekten,* g,a ed., *669* s.). senão na forma (1<. VON CzYHLARZ, J. CHR. HASSE, ano KARLOWA, L.

ARNDTS); não vinculava antes de um fato. Não se pode dizer que dependesse de aceitação (senso próprio) nem, tão-pouco, que nela não houvesse obrigação derivada do ato de um. (O texto de TERÊNCIO, *,4ndría,* ato V, sc. 4, ver aos 47-48, em que o marido, após a *dictio dotis,* responde *"accipio",* é de valor simplesmente literário.)

A declaração só por si obrigava; precedia ou seguia-se ao matrimônio, e não era parte de outro ato <os esponsais, ou a *coeraptio matrimonji canso),* como já houve quem afirmasse. Ato autônomo (SILvIO

PEROZZI, *Istituzunti di Diritto romano.* II. 188), não se deve confundir com os institutos anteriores a Me, como o título ao portador não se confunde com o contrato fundamental, o negócio jurídico básico, acaso existente. A reforma podia ser contrato; e. *g.,* se o devedor da mulher o constituia e por isso se liberava. Mas ainda ai parece inegável que existia constituição indireta pela mulher, ou, o que melhor consulta a análise, declaração independente do trato anterior, embora dele conseqüente .

4. "IUSIURANDUM LIBERTI". Antes de libertar o escravo, fazia se lhe prometer, juradamente, *operae;* manumitido, repetia o juramento. A cooperação do dono era apenas material: *ensinar* a declaração. O ato era unilateral, na forma. Afirmam que o não era, na essência. Na realidade, o que se dava era o mesmo fenômeno de sucessividade de

situações , que se observava na *dictio dotis.* Convenção maduramente tratada mas de que não resultava a obrigação *jurídica* do escravo para o tempo em que o não fosse ; e juramento posterior, de caráter perfeitamente jurídico. O primeiro era a reforma religiosa, moral, dotada de sanção espiritual, e o segundo, declaração unilateral de vontade, de que aquele não foi a causa jurídica necessária, bem que fosse a causa psicológica. Obrigado, a principio, perante os deuses, o escravo era levado moralmente a praticar o ato jurídico. O elemento de ordem religiosa não sobrevivia na ordem jurídica, como, mercê de falsa análise, pretendia RENI WORMS *(De la Volonté unilatérale,* 18) :"... un contrat véritable: encore en servitude, l"esclave prête son serment; puis le maitre, sur la foi de ce serment, l"affranchit; il y a là évidemment un contrat nettement caractérisé, oú l"acte de 1"esclave, débiteur des services, sert de cause à l"acte du patron créancier. Ainsi la convention des parties n"est pas seulement *à* l"origine dans l"esprit de l"institution; elIe se manifeste dans sa forme inême". A explicação é falsa; desatende a fato intermediário, importantíssimo, que estabelece solução de continuidade: a *liberdade* do escravo. Tanto assim que não se obrigaria se não prestasse o segundo juramento.

5. “CoNnssío IN IURE”. Provocava-a a pretensão do adversário; nada mais era, portanto, do que adesão ao que nela se pedia.

6.“IURAMENTUM”. Judicial, o j *uramento* levava consigo quase contrato; extrajudicial, até na forma era bilateral: alguém o prestava, alguém o tomava, qual sucedia, em Roma, com os magistrados e os soldados.

Caracteristicamente, o *iusiurandum liberti* apresenta espécime digno de estudo. Na ocasião do segundo juramento, a vontade do ex-senhor não intervém: é a lei, que lhe insufla obrigatividade, como ao primeiro a lei moral ou religiosa. A convenção era exterior aos atos promissórios do liberto antes e depois da libertação, como o contrato entre o tomador e o subscritor do título é *exterior* ao negócio jurídico unilateral.

7.DIREITO MUÇULMANO . Entre os muçulmanos (direito malechita), há a *Zocatio conduc tio operarum,* a que chamam *igárah,* contrato consensual, e o *guel,* a que não basta o consenso, é preciso o princípio de execução, para que se torne vinculativo *(lãzim)* o contrato. No livro de HALIL IBN ISHAO

§ 3.588. DIREITO CANÔNICOS *(O Muhtasar ou sumário do direito malechita,* segundo a ed. do Ministério das Colônias da Itália, versão de DAvW SANTILIANA) lê-se o seguinte: “Quem tem capacidade para concluir *locatio conductio operarum* conclui validamente um *guel,* e se obriga a dar determinada recompensa *(guel) a* quem, tendo notícia pelo promitente, ou por terceiro, execute a obra ou o fato indicado pelo promitente”. O direito à recompensa surge no momento mesmo da execução do ato.

A verdade não é privilégio de raças ou civilizações. É o resultado dos esforços e das diretrizes da humanidade. Damos aqui algumas soluções dentre outras que encontramos, perfeitamente nossas, isto é, úteis e aplicáveis no direito brasileiro, e todavia se acham no direito muçulmano: a) A recompensa é devida, *ainda que* o escravo fugido e reconduzido ao dono seja reivindicado; porém não se deve a recompensa *se* o escravo fugido morre antes de ser entregue ao dono.

b)Quanto ao interesse do promitente, a questão é controversa, como na Alemanha e alhures. A opinião dominante *é* pela negativa, o que mostra, nesse sentido, o alcance do direito das nações entre as quais

estamos.

c) Antes de nós já admitiam a recompensa ao que não sabia da promessa, mas não foram até aonde fomos: teria direito, se faz profissão do ato, que se prometeu premiar.

d) O proprietário da coisa, por exemplo, do animal fugido, pode abandoná-la a quem achou, sem outra recompensa, se o achador a tem em seu poder antes da promessa de recompensa. É regra justa. No direito brasileiro, quem quer que ache coisa alheia perdida, há de restitui-la ao dono ou legítimo possuidor (Código Civil, art. 603).

§ 3.588. Direito canônico

1. PRELIMINARES. O direito canônico oferecia exemplos, novos ou progredidos, de declaração unilateral de vontade. É elemento que se deve ter em alta conta na história do direito brasileiro. A exposição da doutrina jurídica, se não prescinde da crítica, muito menos da história. Sem ela, as erronias não se apagam, porque se perdem os espíritos em discussões estéreis; os enganos tomam raízes . Infelizmente, a natureza desta obra não nos permite o exame da declaração unilateral a totalidade do direito canônico; e por isso nos satisfaremos com brevíssimo esforço .

2. VOTO. O voto, principalmente, exerceu importante função. O cristianismo, envolvido em atmosfera espiritual, com a concepção divina do pecado, não podia deixar de atribuir *à* palavra humana, à vontade individual, grande papel. No *Deuteronômio,* XXIII, 23, há perfeita explicação do fenômeno jurídico da declaracão unilateral, em fórmula precursora da teoria científica de hoje. *Quod semei egressiu? cal de lablis titia, obsertabit.* Aí a palavra da lei. Vejamos a explicação da origem da obrigatividade, tirado em vernáculo todo o número 23:

"A palavra que saiu de tua boca, tu a observarás e a cumprirás, assim como prometeste ao Senhor teu Teus; pois o fizeste de tua própria vontade e o declaraste pelos teus lábios".

O texto põe evidentes:

a) A unilateralidade da declaração de vontade, *na aparência;* a preexistência de outra declaração, a da lei religiosa; o que forma a bilateralidade sociológica, sem que isso afaste a dicotomia "negócio jurídico unilateral negócio jurídico bilateral".

b) A relação jurídica geral entre Deus e os homens, relação jurídica de ordem divina, mas nem por isso menos relação jurídica.

c) O advento da obrigação por existir a lei religiosa e ser o declarante livre de dizer ou não ("... pois o fizeste de tua vontade e o declaraste pelos teus lábios").

O que tudo se confirmaria nos *Provérbios,* singela e resumidamente: "Illaqueatus es verbis oris tui, et captus propriis sermonibus", VI, 3), se lá não se tratasse de caução, posta em contrato: "Tu te ilaqueaste com as palavras de tua boca , e ficaste preso pelas tuas próprias expressões". Todavia sentimos que há algo de independente no declarar e no se obrigar, tanto que no passo se repete a mesma idéia: "verbis oris tuis",

"propriis sermonibus".

Outro lugar dos livros religiosos (que vemos reverenciado e invocado, juridicamente, em GABRIEL

PEREIRA DE CASTRO, *Tractatus de Mano Regia,* 161) é o do capítulo XI, ns. 29 e 30 do Livro dos *Juizes:*

"Fez um voto ao Senhor, dizendo: Se tu me entregares nas mãos os filhos de Amon, a primeira pessoa seja qual for , que sair da porta da minha casa e se encontrar comigo quando eu tornar vitorioso dos filhos de Amon, eu a oferecerei ao Senhor em holocausto". E sob o n. 39: "E passados dois meses. . . ele cumpriu o que tinha votado".

F.SUAREZ *(De Obligatione voti,* L. 4, Cap. 11, ns. 5 e 8> explica que *debitum voti non eM ex justitia, sul religionis;* mas ~*no voti implemento in foro ecclesiae agitur* <cf. GABRIEL PEREIRA DE CASTRO, *Tractatus de Manu Regia,* 1, 150 e 163). As regras do juramento aplicavam-se ao voto: *sícul pro iuramento agitur in iudkio Ecclesiae, sie pro voto.*

Nas oblações ou oferendas aos santos e a Deus, havia minúcias inextrincáveis de decomposição lógica, que não trazem luz ao tema..

3. TEMPOS RECENTES. Em todas as épocas o direito canônico manteve a sua concepção, em que transparece a vontade onipresente da lei moral e a obrigatividade oriunda do ato, que se lança nesse ambiente de atuação legal.

Eis o que dizia F. SANTI *(Praclectionús iuns canontct,* II, 300) *:* "Votum in sensu canonum est promissio deliberata a Deo facta de bono meliori

et possibili? Quodcumque votum valide emissum ex virtude religionis obligat ad praestandum

id quod promissum fuit".

§ 3.589. Direito luso-brasileiro e direito brasileiro

1.PROMESSAS AO ESTADO E À IGREJA. "Compete às pessoas encarregadas da arrecadação dos donativos prometidos ao Estado, ou à Igreja", escrevia CORREIA TELES *(Doutrina das Ações,* 291), no comêço do século passado, tratando da ação de policitação, "contra os oferentes, a fim de serem obrigados a prestar o prometido". Disse mais: "Chama-se policitação a promessa não aceitada por aquele a favor do qual foi feita.. Os Romanos não lhe davam força de obrigar, senão quando feita a favor da República, ou da religião, L. 3 e seg. D., *de poilio.* Os votos feitos a benefícios de igrejas e capelas podem ser pedidos por esta ação, veja ALMEIDA, *de nun. quin.* c. 24, n. 18, Na., 6, *For., e.* 157. Foram inumeráveis os donativos feitos pelos bons patriotas para as despesas de guerra, que felizmente terminou, contra Napoleão, mas não foi preciso intentar ação contra nenhum, que eu saiba". Assim, pois, não se intentou; poder-se-ia ter intentado.

(Em CORREIA TELES houve, portanto, precursor de H. SIEGEL. Em nota ao texto do jurista português profligamos a solução contratualista, bem como a unílateralista; porém perdeu-se, na impressão, uma das tiras de papel e saiu truncada a argumentação. Parece que, ao dizermos "essa é a doutrina jurídica", nos referíamos a TEIXEIRA DE FREITAS, quando, em verdade, nos reportávamos ao que expuséramos na tira perdida. No livrinho *À Margem do Direito,* que está a exigir monda rigorosa, fizemos demasiadas concessões à ortodoxia; e daí não aceitarmos hoje aquelas idéias. A verdade não está com os contratualistas ortodoxos, nem com os unilateralistas exorbitantes. Quem no-la dá é a análise científica.> Contra CORREIA TELES, COELHO DA ROCHA *(Instituição de Direito Civil português,* II, 570), imbuidos de idéias romanas um tanto mal entendidas, e de direito francês, bebido em POTHIER; e TEIxEIRA DE FREITAS, na sua edição (se assim lhe podemos chamar) da *Doutrina das Ações* de CORRETA TELES. CARLOS DE CARVALHO retomou a estrada de MANUEL ÁLVARES PÊGAS, de MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA e de CORRETA TELES.

A sentença do juiz Gaspar de Almeida de Andrada, proferida a 8 de agosto de 1689, em Lisboa, foi confirmada pela Casa da Suplicação.

Nela dizia-se que o voto, “na esperança de favor, que esperava e alcançou”, era “modo de policitação , que passou a voto”, “logo obriga sem aceitação, por ser feito à honra de Deus e tem a sua eficácia na promessa

2.EXEMPLO CÉLEBRE NA PENÍNSULA HISPÂNICA. Um exemplo digno de ser mencionado, para ilustração da história das declarações unilaterais em nosso direito, é o de que tratam GABRIEL PEREIRA DE CASTRa, MANUEL ÁLVARES PEGAS, FRANCISCO DE CALDAS, MELO

FREIRE e MANUEL DE ALMEIDA e SOUZA. Referimo-nos ao voto que denominam *Vivi lacoU* (cf.

Ordenações Filipinas, Livro 1, Título 40, § 2; METJO FREIRE, *In.stitutiones,* 1, 60; Repertório, III, 85), cuja autenticidade foi fartamente demonstrada pelos historiadores espanhóis e portugueses . Voto feito “por todos os grandes cristãos da Espanha”, que nesse tempo habitavam as províncias da Galiza e dentre Douro e Minho; real e perpétuo: *per lotam Hispaniam, ac in universis partibus Hispaniarum.*

Os votos, os reais e os dos povos, ligavam a todos no presente e no futuro, porque o povo é a eternidade e os indivíduos as expressões passageiras, “pontuais no túmulo”, como diz o clássico.

MEtO FRETar exasperou-se com essa conseqüência de serem “os povos a mesma pessoa moral, uma e a mesma com os antigos, que fizeram o voto”, escreveu: “Denique insolens ego et plane inauditum reputo, quod Lusitania tandem aliquando a reliqua Híspania segregata, adhuc post octo saecula, et quod excurrit, huiusmodi, sive lege, sive voto adstricta esse videatur”. MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA *(Notas de Uso prático,* 1, 132) deu-lhe resposta de bons fundamentos jurídicos, em que, entre outros pontos, viu na diuturnidade do cumprimento, durante oito séculos, a melhor confirmação possível, e lembrou o ter sido Portugal um dote e o *votum* ônus inerente a coisa dotada. Eis aí como um voto obrigou, séculos e séculos, um povo...

3. DIREITO BRASILEIRO. Atestam os bons romances e histórias os costumes de cada época. A MACHADO DE ASSIS, padrão de boa linguagem e modelo de observador, não escapou o negócio jurídico da promessa de recompensa com o fim de descobrir paradeiro dos escravos. Lê-se nas *Relíquias da Casa Velha (4)* : “Quem perdia um escravo por fuga dava algum dinheiro a quem lho levasse. Publicava anúncio nas folhas públicas, com os sinais do fugido, o nome, a roupa, o defeito físico, se o tinha, o bairro por onde andava e a quantia de

gratificação. Quando não vinha a quantia, vinha a promessa: "gratificar se a generosamente", ou "receberá uma boa gratificação". Muita vez o anúncio trazia em cima ou ao lado uma vinheta, figura de preto , descalço, correndo, vara ao ombro, e na ponta uma trouxa. Protestava-se com todo o rigor da lei contra quem *o* acoitasse. *Ora, pegar escravos fugidos era um oficio do tempo".*

Eram vulgaríssimos os anúncios; e quem prometia, pagava.

Citamos alguns: *Jornal do Comércio,* de 6 de agosto de 1853 (promessa de gratificação sem quantia), de 9 de outubro de 1852 (com a indicação da pessoa que havia de efetuar o pagamento da gratificação), D *iário do Rio de Janeiro,* de 27 de outubro de 1845, em que se dá aos caçadores de negros fugidos o nome de

"pedestres", e de 2 de outubro de 1845 (com a fixação das "alvíssaras" ou recompensa, 100 mil réis). Toda a questão está em se saber se podia o promitente ser obrigado a cumprir o prometido. Não encontramos julgado, reclamação, ou o que quer que fosse; mas nem por isso deixamos de crer que, em sendo posta por lide a situação, decidisse em favor do promissário o tribunal ou juiz. Provavelmente , a opinião seria a que, mais tarde, pregou JOSEF ROULER: a da execução de serviço, ou, mais precisamente, contrato de serviço ou de obra. Na hipótese, de serviço. A cultura jurídica, nesse ponto, era falha.

O que se evidencia na observação histórica luso-brasileira é a tendência ao alargamento da obrigatívidade das declarações unilaterais de vontade. Caminhou-se, com o velho direito português, mais querido de nós que dos próprios portugueses , à frente de muitos outros povos. Se alguém qual HEINRIOR SIECEL se desse ao afã de arrumar dados históricos, para compor teorias de reconstrução, encontraria nos velhos textos lusitanos e nos do Brasil colonial larga messe e animador tesouro.

4.NOMEAÇÃO EM CASO DE FORO. Lê-se nas Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 37, § 2: "e se no contrato do fOro principalmente feito entre o senhorio e o foreiro, lhe for dado poder, que possa nomear uma pessoa, não se fazendo no contrato menção de morte, depois de uma vez nomear, não poderá mais revogar essa nomeação, nem fazer outra, por que a primeira seja revogada; e ainda que a faça, não valerá, porque per a primeira é adquirido o direito ao nomeado (pOsto que dela não seja sabedor), que lhe não pode *já* ser revogado".

Aí está caso típico, inconfundível, de declaração unilateral obrigativa. O texto reinícola coincide com o fato da vida; sente-se a lei, imperativa, a estatuir a vincularidade da escolha nesses prazos de nomeação.

Nomeação é o ato pelo qual o enfiteuta, senhor útil dos bens, declara a sua vontade, revogável ou irrevogável, de os transferir em vida, ou por morte, a certa pessoa (F. PINHEIRO, *de Certeu et Emphvteusi Tractatus,* 477: "Noúilnatio ad Emphyteusim nibil est aliud, quam actus, quo quis eligitur ad succedendum in Emphyteusi, quam nominans habebat cum facultatt

eligendi succesorem"; MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA, *Tratado prático e critico de todo o Direito enfitêutico ,* 175). Quem faz a irrevogabilidade? ~ Qual o elemento *a mais* que atribui a alguns dEsses atos de nomeação o ter que ser mantido, e não a todos? <Se a diferença entre eles, revogáveis e irrevogáveis, não está no conteúdo da própria declaração, que é que dá ao declarante a obrigação de *honrar* a sua palavra?

Se examinamos a revogabilidade e a irrevogabilidade das nomeações nos prazos, nenhuma dúvida nos fica: foi a regra da lei que fecundou o ato unilateral; como poderia ter sido a de um particular, *e. y.,* as nomeações de prazos que se faziam em testamentos eram revogáveis, a despeito da natureza irrevogável do ato, pela razão de seguir a daquele em que se lançaram, *si testamento fial ii uns naturam sumit* ; mas, se o nomeado assistiu ao ato do testamento, e aí; como em contrato, aceitou e houve entre ele e o testador alguma espécie de contrato a tal respeito, ainda que se revogasse o testamento, subsistia irretratável a nomeação, desde que o nomeado assinou na cédula e na aprovação. Era opinião de FRANCISCO DE CALDAS, seguida por F.

PINHEIRO *(De Ccnsu eI Emph~iteusi Tractatus,* Disp. 6, sect. 5, n. 93 etiam ir testamento possunt fieri contractus irrevocabiles, qui revocato ipso testamento, minime infirmartur"). O prático MANUEL DE

ALMEIDA E SOnSA percebeu, certamente, o fato, e expôs nitidamente o seu pensar, quando, numa das suas passagens de renhida polemíca, em que fustigou, dura e impiedosamente, a JOÃO RODRIGUES

CORDEIRO, como que bradava: "Se a lei assim o *quis,* se nos não dá razão alguma expressa, ~que necessidade temos de nos fazer adivinhões da sua mente, e da sua razão? ~,Que necessidade de recorrer a princípios frívolos e disparatados como os de CORDEIRO? Se quis que uma nomeação nos termos do § 2

fosse irrevogável, quis tudo o conseqüente dela" (MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA, *Tratado prático e critico de todo o Direito enfitéutico ,* 266 s.).

Perspicaz, MANUEL DE ALMELDA E SOnSA, que tratara de tantos ramos diferentes do direito e conhecia as relações jurídicas oriundas de atos ilícitos, de atos-fatos lícitos e ilícitos e de fatos *síricto sensn,* lícitos e ilícitos, não poderia estranhar que sem negócios jurídicos bilaterais, sem contrato, surgissem deveres e direitos, obrigações e pretensões, ações e exceções. A *atuação* direta da lei, reclamavam-na para explicar a solução assente, com quase unanimidade, de se transferir up *so jure;* e melhor o diz MANUEL DE

ALMEIDA E SOUSA: *ex ipsa lege* o domínio útil ao enfiteuta nomeado, sem tradição, para o que invocavam cinqüenta e três exceções à L. 20, D., *de adquirendo rerum dominio,* 41, 1, e à L. 20, C., *de pactis,* 2, 3: "Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur" (cf. Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 7).

As Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 37, § 2, foram expressivas quanto ao efeito legal: fizeram mais do que obrigar o nomeante, obrigaram-no a ter por transferido o domínio, e reconhecer ao nomeado direito vivo, eficaz. Reproduziu FRANCISCO DE CALDAS o final do § 2 e comentou: "Quae quidem verba, et si prolata sint, per viam rationis, non dispositionis, palam nos docent, id speciale habere has emphyteuticas nominationes, ut ipso jure, et si ad oraditionem, processum non sit, plenum jus emphyteuticum acquiratur quod utili dominio consistit".

Se a lei não interviesse, a espécie do § 2 do Título 37 do Livro IV, ter-se-ia de reger pelos princípios comuns; seria oferta, dependente de aceitação, isto é, elemento, portanto~ de contrato, e tão somente isso. Seria possível formar-se o vinculo, posteriormente, pelo ato do nomeado, se aceitasse; e assim a obrigação normal de *cumprir.* Mas a lei interpôs-se, fecundou, por si mesma, a declaração unilateral de vontade, e tivemos, antes do contrato futuro, a vinculação e a obrigatoriedade da nomeação, o dever jurídico de manter. Talvez se advertisse que ao nomeado nada exigiu a lei para que adquirisse o direito, que ela mesma reputou definitivo (Ordenações Filipinas,Livro IV, Titulo 31, § 2: "porque per a primeira nomeação é tanto direito adquirido ao nomeado, que lhe não pode ser tirado"). Mas a admoestação não procederia. Irrevogável a nomeação , o direito enfitêutico é conseqüente à nomeação em que se transfere o domínio útil. O nomeante não tem dê *pagar,* ou *cumprir* o prometido, mas de

entregar o que não é *seu,* quase diríamos "restituir"; a ele o que a lei impõe é o manter, isto é, o *não*

-revogar. Porque os efeitos da nomeação já se operaram todos, antes de qualquer recepção pelo beneficiário, precisamente no

momento em que houve o contacto da vontade expressa na declaração do nomeante e a ambiência da lei.

Andou bem CARLOS DE CARVALHO, espírito em que o consolidar foi intuito mal levado a termo, mas em que a lucilação

criadora a espaços se evidencia, quando, no art. 293, parágrafo único, de pretensa *Nova Consolidação,* escreveu: "As declarações unilaterais de vontade operam efeito irretratável em favor de terceiros determinados ou indeterminados que não forem partes presentes ao ato, a) quando a lei assim o declara".

Citou exemplos, dentre os quais, e em primeiro lugar, a Ordenação Filipina do Livro IV, Título 37, § 2.

Quanto à *Nova Consolidação* de CARLOS DE CARVALHO, é justo notar-se que a 1~a ed. foi em 1899, antes, pois, do Código Civil alemão e, a *fortiori,* da lei suíça.

5. DOAÇÕES E UNILATERALIDADE. Examinemos outra espécie: a das Ordenações Filipinas, Livro IV, Título. 63, pr., onde se estatui: "As doações puras e simplesmente feitas sem alguma condição, ou causa passada, presente, *ou futura,* tanto que são feitas por consentimento dos que as fazem, e aceitação daqueles a que são feitas, *ou do Tabelião,* ou pessoa, que per direito em seu nome pode, logo são firmes e perfeitas, de maneira que em tempo algum não podem ser revogadas. Porém, se aqueles, a que foram feitas, forem ingratos contra os que lhas fizeram, com razão podem per eles as ditas doações ser revogadas por causa de ingratidão".

Deixamos em letra grifa o que nos interessa: a "aceitação" pelo Tabelião. A Em que qualidade, ou cargo, obra o oficial? ~Representante do donatário, e então *negotiorum gestor,* ou da sociedade, do público, da lei?

Lembre-nos, a respeito da causa futura, a teoria da pressuposição de B. WINDSCHEID e reconheça-se quanto se achava e se acha implícita em nosso direito. Querer com causa passada, presente ou futura é querer, *mas* pressupor algo. Daí dizer o jurista que a pressuposição constitui

auto limitação da vontade (B.WINDScHEID, *Die Lehre des rômischen Rechts von der Voraussetzung,* 1).

A questão, levada a extremos, com reflexos nítidos nas próprias fórmulas tabelioas, teve quem a ventilasse entre os nossos maiores. j,E que foi, a bem dizer, que escapou aos tratamento da gratificação), *Diário do Rio de Janeiro,* de 27 de outubro de 1845, em que se dá aos caçadores de negros fugidos o nome de "pedestres", e de 2 de outubro de 1845 (com a fixação das "alvíssaras" ou recompensa, 100 mil réis). Toda a questão está em se saber se podia o promitente ser obrigado a cumprir o prometido. Não encontramos julgado, reclamação, ou o que quer que fosse; mas nem por isso deixamos de crer que, em sendo posta por lide a situação, decidisse em favor do promissário o tribunal ou juiz. Provavelmente, a opinião seria a que, mais tarde, pregou JoSEF KOHLER: a da execução de serviço, ou, mais precisamente, contrato de serviço ou de obra. Na hipótese, de serviço. A cultura jurídica, nesse ponto, era falha.

O que se evidencia na observação histórica luso-brasileira é a tendência ao alargamento da obrigatividade das declarações unilaterais de vontade. Caminhou-se, com o velho direito português, mais querido de nós que dos próprios portugueses , à frente de muitos outras povos. Se alguém qual HEINRICH SIECEU se desse ao afã de arrumar dados históricos, para compor teorias de reconstrução, encontraria nos velhos textos lusitanos e nos do Brasil colonial larga messe e animador tesouro.

4.NOMEAÇÃO EM CASO DE FORO . Lê-se nas Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 37, *§* 2: "e se no contrato do foro principalmente feito entre o senhorio e o foreiro, lhe for dado poder, que possa nomear uma pessoa, não se fazendo no contrato menção de morte, depois de uma vez nomear, não poderá mais revogar essa nomeação, nem fazer outra, por que a primeira seja revogada; e ainda que a faça, não valerá, porque per a primeira é adquirido o direito ao nomeado (posto que dela não seja sabedor), que lhe não pode *já* ser revogado".

Ai está caso típico, inconfundível, de declaração unilateral obrigativa. O texto reinícola coincide com o fato da vida; sente-se a lei, imperativa, a estatuir a vincularidade da escolha nesses prazos de nomeação.

Nomeação é o ato pelo qual o enfiteuta, senhor útil dos bens, declara a sua vontade, revogável ou irrevogável, de os transferir em vida, ou por morte, a certa pessoa *(E.* PINHEIRO, *de Ceneu et Ernph-yteusi Tractatus,*

477: “Nominatio ad Emphyteusim nibil est aliud, quam actua, quo quis eligitur ad succedendum in Emphyteusi, quam nominans habebat cum facultate eligendi succesorem“; MANUEL DE ALMEIDA E

SOUSA, *Tratado prático e critico de todo o Direito enfitéutico,* 175). Quem faz a irrevogabilidade? j,Qual o elemento a *mais* que atribui a alguns dEsses atos de nomeação o ter que ser mantido, e não a todos? tSe a diferença entre eles, revogáveis e irrevogáveis, não está no conteúdo da própria declaração, que é que dá ao declarante a obrigação de *honrar* a sua palavra?

Se examinamos a revogabilidade e a irrevogabilidade das nomeações nos prazos, nenhuma dúvida nos fica: foi a regra da lei que fecundou o ato unilateral; como poderia ter sido a de um particular, *e.* g., as nomeações de prazos que se faziam em testamentos eram revogáveis, a despeito da natureza irrevogável do ato, pela razão de seguir a daquele em que se lançaram, *si testamento fiat ilijus naturam sumit;* mas, se o nomeado assistiu ao ato do testamento, e ai; como em contrato, aceitou e houve entre ele e o testador alguma espécie de contrato a tal respeito, ainda que se revogasse o testamento, subsistia irretratável a nomeação, desde que o nomeado assinou na cédula e na aprovação. Era opinião de FRANCISCO DE CALDAS, seguida por E.

PINHEIRO *(De Censu et Emphyteusi Trcu“tatus,* Disp. 6, sect. 5, n. 93 etiam in testamento possunt fieri contractus irrevocabiles, qui revocato ipso testamento, minime infirmantur”). O prático MANUEL DE

ALMEIDA E SOUZA percebeu, certamente, o fato, e expôs nitidamente o seu pensar, quando, numa das suas passagens de renhida polêmica, em que fustigou, dura e impiedosamente, a JOÃO RODRIGUES

CORDEIRO, como que bradava: “Se a lei assim o *quis,* se nos não dá razão alguma expressa, ~que necessidade temos de nos fazer adivinhões da sua mente, e da sua razão? ~,Que necessidade de recorrer a princípios frívolos e disparatados como os de CORDEIRO? Se quis que uma nomeação nos termos do § 2

fosse irrevogável, quis tudo

O conseqüente dela” <MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA, *Tratado prático e critico de todo o Direito enfitéutico,* 266 s.).

Perspicaz, MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA, que tratara de tantos ramos diferentes do direito e conhecia as relações jurídicas oriundas de atos ilícitos, de atos fatos lícitos e ilícitos e de fatos *stricto sensu,*

lícitos e ilícitos, não poderia estranhar que sem negócios jurídicos bilaterais, sem contrato, surgissem deveres e direitos, obrigações e pretensões, ações e exceções. A *atuação* direta da lei, reclamavam-na para explicar a solução assente, com quase unanimidade, de se transferir *ipso jure;* e melhor o diz MANUEL DE

ALMEIDA E SOUSA: *ex ipsa lege* a domínio útil ao enfiteuta nomeado, sem tradição, para o que invocavam cinqüenta e três exceções à L. 20, D., *de ailquirendo rerum dominio,* 41, 1, e à L. 20, O., *de pactis,* 2, 3: "Tradit4onibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur" (cf. Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 7).

As Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 37, § 2, foram expressivas quanto ao efeito legal: fizeram mais do que obrigar o nomeante, obrigaram-no a ter por transferido o domínio, e reconhecer ao nomeado direito vivo, eficaz. Reproduziu FRANCISCO DE CALDAS o final do § 2 e comentou: "Quae quidem verba, et si pralata sint, per viam rationis, non dispositionis, palam nos doeent, id speciale habere has emphyteuticas norninationes, ut ipso jure, et si ad oraditionem, processum non sit, plenum jus emphyteuticum acquiratur quod utili domínio consistit".

Se a lei não interviesse, a espécie do § 2 do Título 37 do Livro IV, ter-se-ia de reger pelos princípios comuns; seria oferta, dependente de aceitação, isto é, elemento, portanto; de contrato, e tão somente isso. Seria possível formar-se o vínculo, posteriormente, pelo ato do nomeado, se aceitasse; e assim a obrigação normal de *cumprir.* Mas a lei interpôs-se, fecundou, por si mesma, a declaração unilateral de vontade, e tivemos, abtes do contrato futuro, a vinculação e a obrigatoriedade da nomeação, o dever jurídico de manter. Talvez se advertisse que ao nomeado nada exigiu a lei para que adquirisse o direito, que ela mesma reputou definitivo (Ordenações Filipinas,livro IV, Título 31, § 2: "porque per a primeira nomeação é tanto direito adquirido ao nomeado, que lhe não pode ser tirado"). Mas a admoestação não procederia. Irrevogável a nomeação o direito enfitêutico é conseqüente à nomeação em que se transfere o domínio útil. O nomeante não tem dê *pagar,* ou *cumprir* o prometido, mas de entregar o que não é *seu,* quase diríamos "restituir"; a ele o que a lei impõe é o manter, isto é, o *não revogar. p* orque os efeitos da nomeação já se operaram todos, antes de qualquer recepção pelo beneficiário, precisamente no momento em que houve o contacto da vontade expressa na declaração do nomeante e a ambiência da lei.

Andou bem CARLOS DE CARVALHO, espírito em que o consolidar foi intuito mal levado a termo , mas em que a lucilação criadora a

espaços se evidencia, quando, no art. 293, parágrafo único, de pretensa *Nova Consolidação,* escreveu: “As declarações unilaterais de vontade operam efeito irretratável em favor de terceiros determinados ou indeterminados que não forem partes presentes ao ato, a) quando a lei assim o declara”.

Citou exemplos, dentre os quais, e em primeiro lugar, a Ordenaçao Filipina do Livro IV, Título 37, § 2.

Quanto à *Nova Consolidação* de CARLOS DE CARVALHO, é justo notar-se que a □

1 a ed. foi em 1899,

antes, pois, do Código Civil alemão e, a *fortiori,* da lei suíça.

5. DOAÇÕES E UNILATERALIDADE. Examinemos outra espécie: a das Ordenações Filipinas, Livro IV, Titulo. 63, pr., onde se estatui: “As doações puras e simplesmente feitas sem alguma condição, ou causa passada, presente, *ou futura,* tanto que são feitas por consentimento dos que as fazem, e aceitação daqueles a que são *feitas, ou do Tabelião,* ou pessoa, que per direito em seu nome pode, logo são firmes e perfeitas, de maneira que em tempo algum não podem ser revogadas. Porém, se aqueles, a que foram feitas, forem ingratos contra os que lhas fizeram, com razão podem per eles as ditas doaç6es ser revogadas por causa de ingratidão”.

Deixamos em letra grifa o que nos interessa: a “aceitação” pelo Tabelião, Em que qualidade, ou cargo, obra o oficial? Representante do donatário, e então *negotiorum gestor,* ou da sociedade, do público, da lei?

Lembre-nos, a respeito da causa futura, a teoria da pressuposição de E. WINDSCHEID e reconheça-se quanto se achava e se acha implícita em nosso direito. Querer com causa passada, presente ou futura é querer, rias pressupor algo. Daí dizer o jurista que a pressuposição constitui auto limitação da vontade (B.WINnsclrm, *fie Lehre des rômischen Rechts von der Voraussetzung,* 1).

A questão, levada a extremos, com reflexos nítidos nas próprias fórmulas tabeliões , teve quem a ventilasse entre os nossos maiores. j,E que foi, a bem dizer, que escapou aos tratadistas portugueses e aos nossos juristas, tão injustamente e às vezes ignorantemente desprezados pelo nosso amiúde ridículo estrangeirismo?

A respeito de dogmática, de doutrina, de opinião, eles são tão bons, tão autorizados quanto os outros, e devem ser reverenciados como preciosas fontes históricas. O que eles não dão e não podem dar, porque não têm, é a ciência propriamente dita do direito. Mas isso os estrangeiros também não nos fornecem, porque também não tiveram. A *elaboração científica* (legislativa e interpretativa) *do direito* é *conquista realmente recente;* os seus mais remotos princípios metodológicos vêm do século passado, porém não se pode falar, rigorosamente, de falência *do direito,* senão no fim do século passado e no século atual, que tem decorridos seis decênios.

Prefiramos, para mais perto ultimarmos a análise, os dados da praxe, que figuram o que há de mais concreto e denunciador de convicção. M. E. PIRES FEItRÀO *(Guia Prática,* 91), em seu formulário, reduzindo à prática a lição dos civilistas, compôs o padrão para encerramento das escrituras, em que há beneficiário ausente: ". . . e eu Tabelião, tomo *pessoa publica,* também aceitei a bem de quem ausente de direito for". Não nos interessa o problema da extensão de aplicabilidade da fórmula; o que nos importa é o conceito da *função* que a lei confere ao tabelião. CORREIA TELES também formulava quase todas as escrituras com a declaração final de serem aceitas pelo Tabelião, mas usava de outros termos: "em nome e a bem dos absentes". Em 1881, TEIXEIRA DE FREITAS deu edição de CORRETA TELES, livro um tanto frágil para as possibilidades intelectuais do autor (CORREIA TELES, *Formulário dos Contratos, Testamentos e outros atos do Tabelionato,* 146), e exarou a fórmula para "aceitação" das escrituras quando o fizer o tabelião, onde se diz:

"aceitei, como aceitado tenho, eu Tabelião em seu nome a presente escritura de. . ., para produzir todos os seus legais efeitos. na presunção de aceitá-la o outorgado". TADEU LUIS FRANCISCO DE MIRANDA (Guia *teórico e prático dos Escrivões, Tabeliães e Oficiais de Registro,* 820) a doação aceita pelo donatário e um prazo; mas pressupôs outros ausentes, o que destoaria da própria espécie da hipótese se não o fora uma sentença estipulada à irmã: .... . e por ele F foi aceita esta doação, a nomeação (do prazo) com o ônus que lhe é posto: e eu tabelião a estipulei e aceitei a bem dos absentes (influência de CORREIA TELES) *e pessoas a quem pertencer".*

O esforço para se encontrar o ato de *aceitação,* as vezes misturado com a afirmativa da desnecessidade dele, bem mostra quanto se sentiam os juristas apegados ao romanismo da necessária bilateralidade dos negócios jurídicos.

Dos civilistas, COELHO DA ROCHA *(Instituições,* II, 594) demorou na

explicação, que muita lembra a J.

VOET; e o seu comentário merece transcrição: “A doação *inter vivos* somente se torna verdadeiro contrato, e irrevogável, desde que o doado aceitou; de maneira que, se é feita por escrito, por carta, ou por outro qualquer modo em favor de um ausente, enquanto 4ste, ou as pessoas, que legitimamente o representam, a não aceitam, pode o doador arrepender-se”. Era a *teoria da argüição ,* em sua variante talvez mais razoável.

Cumpre, porém, ter-se em vista a diferença quanto à irrevogabilidade, durante o *tractus tem poris,* o que constitui, em vários casos, novidade do Código Civil. “Porém se a doação era feita em escritura da nota, estabeleceram os intérpretes do direito romano, que bastava a aceitação do tabelião em nome do doado ausente para ela ficar perfeita e irrevogável”. Essa regra, continua COELHO DA ROCHA *(Instituições,* II, 594), “foi adotado na Ord. L. IV, tit. 68, pr.; e a ela aludem as palavras tabelioas usadas nas nossas escrituras: que o tabelião aceita *em nome de quem tocar ausente.* Os intérpretes fundavam aquela disposição em que os tabeliães entre os romanos eram escravos públicos; e assim como os escravos particulares podiam adquirir, e aceitar doações para seus senhores, *etiam ignorantibus,* também os públicos o podiam fazer em favor de quaisquer pessoas”.

~ Seria aceitável a opinião dos intérpretes? Entendeu o instituto o jurisconsulto lusitano? Em verdade. só imperfeitamente.

Foi CLÓVIS BEVILÁQUA *(Direito das Obrigações,* 244), em 1896, quem primeiro, ao que saibamos, invocou a teoria da declaração unilateral para explicar a regra jurídica das Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 68, pr.) ; mas vacilou no conceituar o instituto, e reduziu-o ao que seria para qualquer contratualista ortodoxo: aceitação presumida. Duas idéias inconciliáveis: a unilateralidade, conforme a teoria de H.

SIEGEL, RENI WORMS e outros, e a aceitação presumida, que pressupõe vínculo direto. Ora, Esse vinculo está excluído da teoria unilateral sob pena de essa se contradizer. Escreveu CLOVIS BEVILÁGUA : “Mas o tabelião pode suprir Esse ato substituindo-se ao donatário e, como o tabelião, outra pessoa *que, por direito ou em seu nome, pode aceitar,* diz a Ord. 4, 68, pr. Esta aceitação presumida, que se vê reproduzida no Projeto de Código Civil do Dr. FELICIO DOS SANTOS, ad. 2.374, que não é estranha ao direito suíço, nem ao direito alemão (Projeto, art. 488) e que o Código Civil português consagra (ad. 1.438), é um forte argumento em favor da teoria de H. SIEGEL e A. KOEPPEN, que vêem na promessa unilateral uma segura

fonte de obrigações".

A mistura de conceitos foi evidente. Ou era preciso ocorrer aceitação, ou não era preciso. Para se explicar conforme a teoria da declaração unilateral de vontade o texto reinícola, tinha-se de considerar o ato receptivo do tabelião como simples função de publicidade, expediente que serviu de ponte entre o contratualismo romano, a que se prenderam as teorias contratualistas, e a concepção da declaração unilateral de vontade como plenamente jurigênea .

M. 1. CARVALHO DE MENDONÇA *(Contratos no Direito Civil brasileiro,* 1, 51, nota) combateu a procedência romana da função que as Ordenações do Reino deram aos tabeliães. Foram os glosadores, a seu parecer, os iniciadores de tal interpretação do instituto *(e.* g., CASTRENSIS, D. COvÁRRUVIAS A LnVA).

Houve controvérsias. DÉCIO, contra o último dos citados, queria que a ação só ficasse adquirida, para o ausente, depois da aceitação expressa, posterior, de feição que a aceitação pelo notário era condicional suspensiva. A. FABER combateu a intervenção do notário, dispensou à declaração unilateral de vontade, para a produção de efeitos jurídicos, qualquer outro ato do donatário, ou de alguém por ele. Ê evidente que se tentava romper a amarra ao contratualismo.

(Os textos de A. FABER estão em *De Erroribus pragniaticorum et Jnterpretatione juris,* dec. 47, errores 1-7.)

Os dados históricos trazidos à balha pelo jurista brasileiro do bons e merecem atenção; as conclusões e textura filosófica de suas considerações, o tom de exegese, parecem-nos de some-nos importância.

Não é mister para a historicidade de um instituto que provenha, sempre, de outro instituto análogo. A continuidade pode dar-se; mas nem é imprescindível, nem constitui o ordinário dos casos.

Longe de nós a afirmação de que a função do notário nas Ordenações Filipinas, Livro IV, Titulo 63, resultasse da missão, que se atribui ao *servus publicus* de Roma.

Não seria preciso isso para a compreensão científica da natureza do instituto. O que mais se reproduz. na história, não é a fisionomia, a ossatura ou a carnação das instituições jurídicas, porém o *fato* que se realiza, evolvido ou não, na forma de ontem e na forma de hoje, e se realizará amanhã.

A. VINNIUS *(institutionum Imperialium Coinmentarius academicus et forerisis,* 707 s.) fez a si próprio as seguintes perguntas: *Án tabellarii stipulando alteri acquirant? Et qul juris hodie?* Mostrou os casos de exceção que no direito romano encontrou à regra negativa do estipular, utilmente, por outrem. Frisou, em seguida, o erro dos intérpretes em criar ao tabelião uma função anômala que atribuíam, paralelamente, ao *servus publicus:* "Quaesitum de tabulariis, seu, ut nunc vulgo appellantur, notariis publicis, an etiam hi civibus absentibus recte stipulentur, iisque obligationem acquirant. Quod omnino negandum est, si quidem de iure civili Romanorum quaeratur: quippe quo iure nec servus publicus id potuit, nisi in duabus jílis, quas dixi causis, ac magistratu iubente stipulationem interponi". Não queiramos identidade de institutos: há uma história do direito, como existe uma história do animal; não pode haver uma história (no sentido científico) *exclusiva* daquele, ou dEsse; e muito menos da cabeça, da função do tabelião nas doações puras e simples. O

tabelião foi instrumento pelo qual a função se exerceu. Talvez mesmo porque os intérpretes discordantes e o espírito da época, ao tempo dos glosadores, não compreendessem e pois não tolerassem a vincularidade da declaração unilateral de vontade sem a aceitação de alguém *visível.* A função defendeu-se; criou-se o órgão.

O fenômeno não é sem símiles na biologia. Nem no direito; nem onde quer que haja vida, movimento, função. Colhamos exemplo: no direito romano, se o pupilo morria antes do adotante, era justo que Esse restituísse os bens dele aos que, sem a adoção, lhe sucederiam. Como se resolveria o problema? O contrato verbal era o processo ordinário para fazer nascer a alguém obrigação; feito com o menor, o crédito deveria passar ao adotante no momento da adoção e extinguir-se-ia pela confusão, e fazer-se com os herdeiros fora impossível, porquanto só depois da morte se poderiam conhecer. O direito romano não tinha elementos suficientes para estabelecer regras jurídicas concernentes a todos os casos de declaração unilateral de vontade; e recorria ao intermediário. O individualismo do povo romano chegou ao fim desejado pelo meio mais coerente com o seu sistema: a atuação social que se expressa na lei e que poderia, diretamente, impor, cheia de receios e escrúpulos, insinuou-se medrosamente no dínamo fragílimo da vontade de um indivíduo, a *persona publica.*

O leão, inconsciente de sua eficiência enérgica, atravessou

O deserto, crendo ir encostado e defendido pelo cordeiro.

A história da civilização é dupla história: a história da revelação das

forcas individuais ao próprio indivíduo, e das forças sociais à sociedade. Lenta libertação do jugo mantido, incientemente, por si mesmo.

O obrigar o adotante a restituir não seria assaz garantidor. Fazia-se preciso a caução. E daí o texto de MARCELO (L. 18, 13., *de adoptionibus et emancipationiôus et aliis modis quibus potestus solvitur,* 1, 7:

"Non aliter enim voluntati eius, qul adrogare pupillum volet, si causam eius ob alia probabit, subscribendum erit, quam si caverit servo publico se restituturum ea, quae ex bonis eius consecutus fuerit, illis, ad quos res perventura esset, si adrogabus permansisset in suo statu", cf. § 3, 1., *de adoptionibus,* 1, 11) "Se alguém quer a drogar uma criança, e há causas justas para fazê-lo, só será escutado se der caução, perante escravo público, de restituir o que receber dos bens dela, àqueles, a que os bens tocariam, se o drogado permanecesse em seu estado (anterior) ".

O jurista brasileiro não atendeu a tais fatos, e a sua argumentação foi um tanto influenciada por mal-entendido positivismo. O que se deve procurar e capitalizar na ciência jurídica são os conhecimentos indutivos dos institutos: O encontro de

um mesmo fato que assume formas diversíssimas , mas que é suscetível da mesma explicação, representa para o investigador aquisição inestimável. Não se trata mais de simples notações ; porém de dados que servirão de esteio aos novos empreendimentos e de diretriz às tendências posteriores.

"Caveat personse publicae", lê-se nas Institutas (1, 11, *§* 3).

A pessoa pública, de que se fala, era, de muito, escravo público, como o provam os textos de MARCELO (L.

18) e de ULPIANO (L. 2, D., *rens pupilli vel adulescentis salvam fore,* 46, 6), que inserem textualmente:

"servo publico" e "servum publicum". A lei trata da estipulação, em favor do menor, feita pelo escravo dele, ou, em falta de escravo particular, por um escravo público. Ou o juiz, diz a L. 3, deve dar alguém, que o faça.

Foi, pois, mal-avisado A. VINNIUs, quando escreveu o que já reproduzimos, e exagerado na crítica, quando acrescentou:

"Si vero de iure hodierno, ubique fere locorum invaluit error veterum interpretum, receptumque, ut notariis aliis recte stipulatur, et stipulando actionem acquirant" *(Institutionum 1w-perialium Commentarius academicus et forensis,* 708).

Ofato de ser possível, no direito canônico, alguém, ainda pessoa não pública, estipular, nada prova, porque o empregado público, o tabelião, etc., não são, relativamente à ambiência moderna, menos pessoas públicas.

Mais ainda: dada a situação atual de socialização das garantias humanas, cada homem não é menos órgão da vontade social que o *servus publicus* dos Romanos. Tal difusão do *sócios* nos indivíduos permitiu o maior número, a imensidade, digamos assim, dos casos de declaração unilateral de vontade. A função social já se exerce sem instrumentos. Basta-se a si mesma, como as grandes forças físicas avassaladoras, que atuam no universo, sem necessidade dos "servos orgânicos", que são as vísceras animais, os aparelhos distribuidores e respiratórios das plantas.

O Código Civil, nos arta. 1.165-1.180, talvez se diga, não está à altura de si mesmo; retrógrado, reduziu a doação a instituto incolor, em que até o ato, em que se marcou o prazo para aceitar, exige, para que se entenda aceito, a ciência do donatário, mais a passagem do tempo. (O Projeto Primitivo, art. 1.305, não requeria a ciência do donatário; mas dispunha entender-se ter havido a aceitação. A comissão revisora introduziu:

"ciente do prazo".) Não procede, todavia, a censura. O que o tabelião exercia não era função *sua,* nem a de gestor dos negócios do donatário, como vimos; seria de instrumento à atuação contingente de certa fundão, que se manifesta em muitíssimos outros pontos do direito público e privado. O que resultava de tal exercício, menos jurídico do que sociológico, era a obrigação de *manter* o prometido. Ora, a lei civil pôs a doação, sem restrições expressas ou tácitas, no meio dos contratos; subordinou-a às suas regras jurídicas, e, portanto, às dos arts. 1.080-1.091. A doação feita em contemplação de casamento futuro com certa e determinada pessoa, quer pelos nubentes entre si, quer por terceiros a um deles, a ambos, ou aos filhos que, de futuro, houverem, não pode ser impugnada por falta de aceitação, e só ficará sem efeito se o casamento não se realizar (art.

1.173). Vale dizer: os próprios arts. 1.080-1.091 ficam modificados, na espécie, pelo art. 1.173. - *É* verdade que a *unilateralidade* desapareceu? A lei não admitiu a irrevogabilidade da oferta de doação, antes do

aceite, se sem prazo; equiparou-a aos outros casos de oferta. Com isso, não retrogradou.

Foi menos diligente; e talvez tivesse tomado em demasiada conta o caráter mais *econômico* do que *jurídico* da doação. As doações encobertas noutros contratos, licitamente, como as promessas de recompensa e a

"meia aposta" (halbe Wette), regem-se por outros princípios. Bem assim aquelas em que a lei estabeleceu a obrigatoriedade, *e.* g., a de que trata o art. 1.342, parágrafo único, irrevogável por seu caráter de interesse público.

Mas há.proibição da promessa unilateral de doação, como a que se faz em declaração ao público, com simples indicações que sirvam a determinar o beneficiário?

O Código Civil tratou da doação contrato, e não da promessa de doação. Há a promessa de doar, como a promessa de ceder crédito, a título gratuito, e não se pode pré-eliminar, nos sistemas jurídicos ao nível da ciência de hoje, a promessa de doar, unilateral ou bilateral (cf. Tomos XIII, *§* 1.515, 5; XXV, *§* 3.002, 3; XXVI, *§* 3.102; 3).

6. DEBÊNTURES E PRETENSOS TITULARES DE DIREITOS. Outro exemplo de declaração unilateral obrigativa é o que se aponta no art. 4□0, *§* 2.0, da Lei n. 177-A, de 15 de setembro de 1893: "Aberta a subscrição de um empréstimo em obrigações ao portador (debêntures), sob garantia hipotecária, os diretores da sociedade requererão imediatamente a inscrição eventual dos bens oferecidos em hipoteca a benefício da comunhão dos futuros portadores dEsses títulos; pena de responderem por perdas e danos para com os prejudicados pela demora". Bem avisado procedeu CARLOS DE CARVALHO <*Nova Consolidação,* art.

293, parágrafo único), quando pôs no mesmo pé a espécie das Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 37, *§* 2, e a do art. 4, § 2, da Lei n. 177-A: "as declarações unilaterais de vontade operam efeito irretratável em favor de terceiro, determinados ou indeterminados", escrevia ele, "que não forem partes presentes ao ato, a) quando a lei assim o declara...

E seguiam-se as espécies b) e c), como se existissem cinco *modos* diversos de se criar a vincularidade das declarações unilaterais de vontade. (Eis as outras letras do direito recompilado: b) se consistirem

em reconhecimento espontâneo do estado da pessoa a que se referirem; c) se constituírem benefício, uma vez "aceito" pelo oficial público em nome do beneficiado ausente; d) se contiverem promessa de remuneração por serviço a prestar, uma vez que for efetivamente prestado; e) se contiverem proposta de celebração do contrato sob condição de esperar a resposta ou de não dispor do objeto ou até que decorra certo prazo). Foi Esse o seu maior pecado: a espécie *a)* do art. 293, parágrafo único, de sua *Nova Consolidação,* continha o caso genérico, de que os demais seriam apenas casos especiais, aplicações de ordem prática. Só existe efeito irrevogável de declaração unilateral de vontade quando a lei o estipula. Apenas cumpre não dar à "lei" o conceito estritíssimo de norma jurídica expressa e de atuação imediata no fato concreto, como soem ser as regras jurídicas das Ordenações Filipinas e da Lei n. 177-A, de 1893. A formação das sociedades anônimas, desde o início, constitui série de atos unilaterais, a que a lei previamente estipulou a vincularidade. A lei, aí, é expressa. Poderia não no ser; mas o efeito irrevogável surgiria, ou em conseqüência de algum princípio, ou como ponto da manifestação não escrita do direito, pela interpretação. Revela-se o direito, que não está visível nas leis escritas, pela percuciente exploração da ambiência em que elas se embutem e das forcas morais, econômicas, religiosas e das demais, que fazem a *totalidade* social da vida de um povo.

No Código Comercial, arts. 360 e 364, relativos ao endosso e ora revogados, via CARLOS DE CARVALHO

outro exemplo. É matéria cambiária, e não nos incumbe, aqui, tratá-la em especial. Mostrou-o também no art. 8.0, parágrafo único, do Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, que hoje está substituído pelo art. 184

do Código Civil. Mas fê-lo em falso, porque a, situação não é a mesma: há, aí, confissão de fato, e não de passividade subjetiva, de divida; o conteúdo é um *fato,* de modo que a assimilação fora, Sobre absurda, metodologicamente, impossível, na aplicação e na análise.

A espécie do Código Civil, art. 855, reconhecimento de filho ilegítimo, é ato jurídico unilateral; mas não é aqui lugar para levarmos a cabo a análise do instituto (cf. arts. 357 e 862).

7. OFERTA E NEGÓCIO JURÍDICO BILATERAL. O art. 127, □

2 a parte, do Código Comercial já era

expressivo. Não se poderia negar que nele se continha a eventualidade

de declarações unilaterais obrigativas: os contratos por correspondência epistolar reputam-se concluídos , lia-se, em substância, no artigo citado, e *obrigatórios,* desde que o destinatário *expediu* a carta; até Esse ponto é livre revogar-se a oferta, "salvo se o que a fez se houver comprometido" declaração unilateral de vontade "a esperar resposta, e a não dispor do objeto do contrato senão depois de rejeitada a sua proposição, ou até que decorra o prazo determinado".

Nesta obra várias vezes nos reportamos aos arts. 1.080-1.088 do Código Civil; e não nos cabe, aqui, proceder a maior análise.

Aí, a declaração unilateral de vontade *destina se* a conclusão de contrato, mas a vinculariedade começa antes de tal conclusão.

No direito, como em tudo, há misto de eternidade e de passageiro. Imortal é a força finamente; mortais os seres , dados, espécies, em que a matéria se em forma e a força se exercita. Errou, pois, o reconsolidador brasileiro quando foi recorrer, desesperadamente, às Ordenações Filipinas, Livro III, Titulo 59, *§* 22, e aos arts. 735 e 737 do Código Comercial, para afirmar que as declarações unilaterais de vontade operam efeito irrevogável a favor de quem não for parte no ato, "se contiverem promessas de remuneração por serviço a prestar, uma vez que for efetivamente prestado".

A irrevogabilidade ou deriva da própria declaração unilateral de vontade, como se há prazo, ou é conseqüente ao surgimento da pretensão.

8. REMIÇÃO DE HIPOTECA PELO TERCEIRO ADQUIRENTE. Cumpre analisar mais alguns casos de declaração unilateral de vontade ou pretendidos tais, a fim de assentarmos alguns conceitos, indispensáveis à boa compreensão dos negócios jurídicos unilaterais. Exemplo preferido entre os que sustentam a víncularidade da declaração unilateral de vontade, e passam, sem ver, Sobre a esfera de ação da lei, é a espécie do art. 815 do Código Civil *(e.* g., ARNALDO LUCCI, *DeVe Promesse per pubblici proclami,* 28 s.)

: ato do terceiro adquirente do imóvel para remir a hipoteca.

Não sabemos como encontrar, ali, promessa unilateral vinculativa: o adquirente, para a remição da hipoteca, deve notificar judicialmente, dentro em trinta dias, o seu contrato aos credores hipotecários, e propor, para a remição, no mínimo, o preço por que adquiriu o imóvel. Se o adquirente quiser forrar-se aos efeitos da execução da

hipoteca, diz a lei, notificará. Importa dizer: se quer remir o imóvel, *deve* oferecer o preço e deve manter a oferta durante o mês legal. Ver nisso declaração unilateral de vontade jurigênea, ou oferta de contrato (declaração unilateral de vontade para se concluir contrato), é sem fundamento. Não se trata, dizem alguns, de vontade criadora de obrigação, mas do adimplemento de regra da lei, de *condicio juris,* essencial ao processo para a remição:

o adquirente não fica obrigado porque quer, e sim *quer* porque é obrigado. A objeção é fraca: a afirmação de ficar obrigado não se esboroa com isso, pois uma coisa é dever oferecer e outra prestar o oferecido. As duas obrigações são distintas: o adquirente é vinculado a manter a oferta durante trinta dias (ai a oferta é elemento para o exercício do direito formativo), e somente quando decorrer o tempo, sem que algum credor requeira a licitação, tem de pagar o preço. A primeira obrigação é evidentemente legal (A. SCIALOJA, La Dichiarazione unilaterale di volontà come fonte di obbligazione, *JUrista dei Diritto Commerciale,* 1, 372), pois que o conteúdo do vinculo (não revogar a proposta dentro em trinta dias) é determinado expressamente pela lei. Não é da vontade do proponente que nasce, aí, a irrevogabilidade, e sim da lei, mas da lei após a vontade do adquirente. A quantia mínima é o preço da aquisição, que se há de entender o quanto estipulado, nas aquisições a título oneroso, e o da vinculação, nas aquisições a título gratuito. Se os credores deixam passar o termo sem requerer a licitação, não há conclusão *tácita* de contrato, mas declaração expressa, pelo silêncio, de renúncia aos meios que tinham.

Sobre o art. 815 do Código Civil, Tomo XX, *§§* 2.428, 2.510, 2.511-2.515. O adquirente exerce a ação de remição. Tinha direito e pretensão a isso. A proposta ou oferta, que faz, é pressuposto para o exercício da ação.

Cumpre, porém, observar-se que a remição de hipoteca, como a de qualquer outra garantia real, é ato-fato jurídico. Há o pagamento, a liberação.

9. “NEGOTIUM CLAUDICANS” E UNILATERALIDADE. Com referência ao *negotium claudicans,* A.

BRUSCHETTINI *(Trattato dei Titoli ai portatore,* 252), à guisa dos escritores alemães e austríacos, afirmou que a obrigação do contraente capaz não deriva do contrato, que não existe, mas de sua promessa unilateral.

Cinde-se, pois, conceptualmente, ato dual na origem. Contra essa transplantação, contam-se, para citar escritores também italianos, CARW TOESCA DE CASTELLAZZO, F. BOLCHINI, O. MESSINA, L.

ABELLO e A. SCIALOJA. Esse observou, com a sobriedade de dizer, em que excelia, não ser possível aplicar no direito italiano as teorias austro-alemãs Sobre tal maneira, porque as regras jurídicas eram diferentes. No direito prussiano, se a uma pessoa, que pode ser beneficiada, mediante declaração própria, se nega o poder assumir Ônus, a eficácia de todo o contrato, em se dando o caso de gravame de bens ou criação de obrigações, depende da aprovação tutelar; enquanto o tutor não se pronuncia, não pode a outra parte retirar-se do contrato, mas facultado é assinar termo , dentro do qual o tutor deve manifestar a sua opinião.

Assim, no essencial, o Código Civil austríaco, *§* 865.

Diante de tais regras jurídicas surgiu a *teoria da claudicáncia vinculativa:* a situação vinculativa do contraente capaz não foi conseqüência de contrato, porque Esse ainda não existia, mas apenas de sua promessa unilateral, tendente a contratar com o incapaz.

Promessa de tal natureza, diz-se, encontra-se em todo o *negotium claudicans* e constitui seu único elemento juridicamente eficaz (J. A. GRUCHOT, em 1857, li. SIEGEL e F. vON SAVIGNY; contra, B. vON

LtYDINGHAUSEN-WOLFF e J. UNGER. H. SIECEL negou a existência de qualquer obrigação contratual, que de parte do incapaz, quer do declarante capaz; o que existe, para ele, é obrigação de manter a palavra dada.

F.HOFMANN criticou a H. SIEGEL, e de suas considerações pode-se concluir que a obrigação resulta, não da declaração unilateral de vontade, mas da existência, *de* fato, do contrato. A tais explicações opôs A.

SCIALOJA outra, para a concepção da eficácia do *negotium claudicans,* no direito alemão e no austríaco: a fonte da obrigação é a lei. Em verdade, acrescentamos nós, já houve a declaração do menor, a que a lei dá o efeito de obrigar o outro contraente a manter o que disse, até que se pronuncie o representante legal.

Se passamos ao direito brasileiro, vemos que o contrato feito com o menor, que podia *declarar* (relativamente incapaz), não é inexistente mas anulável, suscetível, pois, de ratificação, o que vale dizer dependente de prescrição da ação ou de ratificação (cf. Código Civil,

arts. 147-152)). Acresce ainda que o art.

153 do Código Civil sanciona o princípio *utile per mutile twn vitiatur,* quando a parte válida for separável. A bilateralidade do negócio jurídico só se excetuaria, aparentemente, na parte anulável; aparentemente, dissemos, porque as anulabilidades não têm efeito antes de julgadas por sentença (Código Civil, art. 152). O

contraente capaz, antes da anulação, está vinculado, não só a manter a promessa, como também a prestar o *quod debetur.*

AOnde os característicos do *negotium claudicans* considerado efeito de vontade unilateral O contrato claudicante não fez, deu a sua natureza do contrato (semelhantemente, L. ARNDTS, *Lehrbuch,* 398) : apenas a lei lhe previu requisito posterior, não para a sua existência, mas para a sua sanabilidade.

10. CONTRATOS COM O ESTADO E VINCULAÇÃO DO FIGURANTE. Outro exemplo de pretendida vontade unilateral vinculativa por si. Os contratos com o governo não são obrigatórios para o Estado, enquanto não aprovados e registrados, e, no entanto, fica vinculado o outro contraente. Há quem afirme não se tornar *perfeito* o contrato com a pessoa jurídica de direito público interno sem as formalidades administrativas posteriores, porque a obrigação da União, do Estado-membro ou do Município, só nasce após tais formalidades. Outros consideram tais pessoas jurídicas espécies de incapaz e o contrato, no período de legalização, *negotium claudicans;* outros ainda, querem que se trate de declaração unilateral de vontade do particular. Todas essas incertezas teóricas, que confundem perfeição e advento do termo, contrato claudicante e contrato condicionado, se originam do defeito e insuficiência de método de investigação. Tais considerações *a parte sub jeeti* necessariamente levam aos mais desorientados sistemas de reconstrução jurídica e lógica dos institutos. Mas, se analisamos a relação jurídica, que se estabelece entre a pessoa, física ou jurídica, e o Estado, por ocasião da assinatura do instrumento público, ou do instrumento particular, ou da troca de correspondência, temos de notar que a pretendida unilateralidade, a auto-imposição de irrevogabilidade, que se quer descobrir no particular, que contrata com o Estado, não é mais do que o resultado de análises parciais, incompletas, em que só se vê o fato *do lado do obrigado.*

O caminho a seguir-se tem de ser o da análise de *toda* a relação jurídica. Se procedemos a essa análise de *toda* a relação jurídica,

notamos: a fixação do *quod debetur;* a certeza da pessoa a quem se deve; espera de atos de aprovação e registro; desoneração do devedor, se não se podem ultimar os atos necessários, ou por ilegalidade, ou por outra razão, que exclua, ou não, a culpa do Estado; ação de perdas e danos, que tem o contratante, para se ressarcir dos prejuízos, se os atos podiam ser praticados e o não foram por dolo ou por culpa. Tudo leva *à* composição da figura jurídica do contrato *imperfeito.*

Para a perfeição é preciso efetuarem-se as formalidades necessárias. A perfeição não se confunde com a eficácia, O negócio pode ser ineficaz, sem que disso lhe resulte a paralisação da vincularidade, e o exemplo típico, que nos dá B. WINDSCHEIIY *(Lehrbuch,* 1, 423), é, justamente, o ato ratificável. Inversamente: nos atos em que a ineficácia não deriva do negócio jurídico mesmo, mas de fato, que concerne ao *efeito,* o contrato é válido, porque se perfez sem vícios, e apenas fica ineficaz por efeito da condição. Na espécie dos contratos com o Estado há *condicio juris;* ou, melhor, pressuposto necessário.

Muitas vezes, e a cada momento com a mais propositada precisão e insistência, temos chamado a atenção para a atribuição de eficácia, por obra da lei. Não se há de enclausurar o direito nos estreitos limites das ciências de nomenclatura. de exames de seres , o que diz o mesmo. *Leges generaliter constituuntur, et non ín sin guias personas.* Disse PORTALIS (em J. LOCRÉ, *Législation civile, convmerciale et crirnineile de ia France,* 1, 458) : “. . . les bis sont faites généralement... les bis prennent les hommes en masse, elies parlent à la société entiêre”. Há em tais expressões o inconveniente de se considerar um *lado só* do fenômeno: a atuação da lei. Bem certo é que as leis tomam os homens em conjunto, em massa. Mas percebe-se o muito de finalismo que existe nos dizeres de PORTALIS: a lei recai no corpo social, mas dele também procede. Â

investigação a *parte subiecti* pode ser feita: do lado da criação da lei, e então se dirá que a lei é regra formulada pelo Estado; do lado da atuação, e força seria concluir-se à guisa de PORTALIS; do lado da própria lei, subjetivada, e definir se ía como a auto limitação do corpo social. Todas essas soluções importariam análises de seres , e levariam a perigoso verbalismo. Há de ter-se em vista a lei como *relação* entre a sociedade e os indivíduos em sua totalidade, quando examinada em seu caráter de *norma agendi;* e como declaração de determinação Social, em sua função jurigênea. Ali rege, aqui fecunda: e muitas vezes se combinam, na mesma regra jurídica, as duas express6es distintas, a normativa e a atributiva, a reguladora e a determinante. Insistamos a respeito dos contratos do Estado, para bem se ver que não há unilateralidade.

(a)As funções do Tribunal de Contas estão Consubstanciadas na Constituição de 1946, art. ri, 1-111; e referem-se à execução do orçamento (1), ao julgamento das contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos e ao das contas dos administradores das entidades autárquicas (II), e à apreciação, com julgamento, da legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões (III). Além dessas funções, tem ele a de registro de contratos (Constituição de 1946, art. 77, *§§* 19 e 29) e a de exame prévio, com parecer, das contas que o Presidente da República há de apresentar ao Congresso Nacional.

(b)Nem todos os contratos, cuja legalidade (s conformidade com a ConstituIção e com as leis) tem de ser apreciada pelo Tribunal de Contas (Constituição de 1946, art. 77, III), interessam à receita e à despesa, de jeito que há contratos cuja perfeição é anterior ao registro ou arquivamento, e contratos que só se perfazem com o registro (art. 77, *§* 1.0). O art. 77, *§* 19, tem campo menor de incidência do que o art. 77, III; porque todos os contratos estatais têm de ser apreciados, em sua legalidade, pelo Tribunal de Contas (art. 77, III), ao passo que somente estão sujeitos a registro prévio, por força da Constituição de 1946, os contratos que, de qualquer modo, interessarem à receita ou à despesa: Esses só se reputam *perfeitos* depois de registrados pelo Tribunal de Contas. Também os contratos que criem obrigação do Tesouro Nacional, ou por conta dEsse, estão sujeitos a registro (árt. 77, *§* 29), mas, aí, a Constituição de 1946 deixou à lei ordinária determinar se há de ser *prévio* ou *posterior* o registro. Fora dessas duas classes, o exame pelo Tribunal de Contas é meramente declaratório, não desconstitutivo por *invalidade,* infringiu-se, ou não se infringiu a lei. Nas duas classes referidas <art. 77, *§§* 1.0.e 2.0), o registro é integrativo do ato jurídico: ou seja favorável a decisão do Tribunal, ou seja desfavorável, há constitutividade, porque ou se integra o ato jurídico ou se desconstitui o que fora apresentado para integração. Somente nas espécies do art. 77, *§§* 1.0 e 2.0, o registro é necessário; nos demais casos, não é. A diferença entre a regra jurídica do art. 77, *§* 1.0, e a do art. 77, *§* 29, está, em que, aqui, o registro. concerne a quaisquer atos jurídicos de que resultem obrigações e, ali, somente se interessam, de qualquer modo, à receita ou à despesa.

Praticamente , se o ato jurídico não interessa à receita, nem à despesa, nem dele se irradia dívida ou obrigação do.Tesouro Nacional, ou por conta dele, não há registro, há apenas exame e julgamento da legalidade *(=* da conformidade do ato jurídico com a Constituição e com as leis).

Se a legislação ordinária permite ou exige a cláusula de só se perfazer

o ato jurídico, ou só ter efeitos, na data do registro; tal cláusula negocial no plano da legislação ordinária cria aos negócios jurídicos escapos às regras jurídicas do art. 77, ~§ 1.0 e 2.0, da Constituição de 1946, situação semelhante <porém não idêntica) à que se criaria com a inserção da cláusula de que trata o art. 13.3 do Código Civil. Em tal cláusula pode explicitar-se não se responsabilizar o Estado por indenização se o registro do negócio jurídico é negado.

(c)Se há lei ordinária que exige a cláusula e dá sanção à falta, tal lei pode ser ab-rogada ou derrogada por outra lei posterior e entende-se derrogada, se lei posterior referente a alguma espécie de negócios jurídicos, ou a algum ou alguns negócios jurídicos, estabelece regras jurídicas que exaustiva-mente determinam os pressupostos de fundo e de forma, isto é, que se hão de considerar as únicas regras jurídicas para a espécie, ou para o negócio jurídico ou os negócios jurídicos Sobre que se legisla. Não se pode atribuir à lei que exige a inserção da cláusula sobrepor-se às outras leis, posteriores, porque isso importaria atribuir-se-lhe rigidez que somente poderia ter a própria Constituição.

(d5 No estado atual da legislação brasileira, somente há exigência de registro, a) se a espécie cabe no art. 77,

§ 1.~, da Constituição de 1946; ou *b)* se a espécie entra na classe dos atos jurídicos de que trata o art. 77, §

2i~, da Constituição de 1946; ou e) se na espécie a cláusula de ser exigido o registro como elemento de constituição do contrato, ou, pelo menos, da sua eficácia, foi inserta no ato jurídico.

Os conceitos de receita e de despesa são conceitos fixos, que não abrangem mais do que aquilo que a União *recebe,* segundo o orçamento, e aquilo que ela *despende,* segundo o orçamento. O art. 77, *§* 1.0, da Constituição de 1946, só se pode invocar a propósito de "contratos, que, por qualquer modo, interessarem à receita e à despesa", porquanto somente quanto a Esses, ligados à execução orçamentária, é que há a regra jurídica de se não considerarem perfeitos antes do registro. Quanto ao art. 77, § 2.0, o que se tem de dizer é que nenhuma obrigação exsurgiu, *de pagamento pelo Tesouro Nacional,* ou *por conta do Tesouro Nacional,* razão suficiente para se não pensar em registro.

No Regulamento Geral da Contabilidade Pública (Decreto n. 15.783, de 8 de novembro de 1922), estabeleceu-se (art. 775) : "A estipulação dos contratos administrativos compreende cláusulas essenciais e cláusulas acessórias", no *§* 1.0, explicitou-se: "São cláusulas essenciais

e como tais não podem ser omitidas em contrato algum, sob pena de nulidade; *f)* a cláusula onde expressamente se declare que o contrato não entrará em vigor sem que tenha sido registrado pelo Tribunal de Contas, não se responsabilizando o Governo por indenização alguma se aquele instituto denegar o registro". O Código de Contabilidade Pública (Lei n.

4.536, de 28 de janeiro de 1922) não contém tal regra jurídica.

Se a lei, posterior à regra jurídica de inserção da cláusula compulsória de registro, edita regras jurídicas especiais Sobre o negócio jurídico, sem aludir à regra jurídica de inserção da cláusula compulsória e, pois, pela natureza especial de negócio jurídico , exaustivamente, e o negócio jurídico não diz respeite à receita ou à despesa (Constituição de 1946, art. 77, *§* 1.~), nem gera obrigação de pagamento pelo Tesouro Nacional, ou por conta dele (art. 77, § 2.0), não há pensar-se em necessidade de registro.

A lei especial somente não poderia afastar o registro se a espécie entrasse numa das duas classes, que o art.

77, *§§* 1.0 e 29, prevê. Fora daí, a lei ordinária que exija o registro, por manifestação de vontade inserta no próprio negócio jurídico,

é lei que somente pode ser invocada *onde* o ato jurídico não esteja regido por lei especial. Fora daí, seria superfina .

Quanto à cláusula a que se refere o Regulamento Geral da Contabilidade Pública, art. 775, § 1.0, 1), trata-se de cláusula de não-eficácia sem o registro, inserível, sob pena de nulidade. Lendo-se o art. 775, § 1.0, percebe-se a dupla função do § 1.~:

1) exige, como pressuposto de validade, a inserção da cláusula de ineficácia; 2) □a cláusula de ineficácia exclui a responsabilidade por indenização, qualquer que seja o fundamento, se for denegado o registro.

2) A cláusula de dependência em relação ao registro pode ser concebida como de a) inexistência, como de lO invalidade ou como de *e)* ineficácia do *negócio jurídico.* A omissão, se de a), como causa a") de inexistência, ou de 1V) invalidade, ou de *e")* ineficácia *do negócio jurídico:* a omissão de b), ou de *e),* igualmente. A fórmula do art. 775, *§* 1.", *f),* do Regulamento da Contabilidade Pública (Código de Contabilidade da União) é *e)* e *b").*

(e)Quando o Tribunal de Contas julga ilegal o contrato, que lhe foi a

exame, não o anula, nem lhe decreta a nulidade, para os efeitos do direito comum; só o faz no plano administrativo, com o que se conformam, ou não, os interessados. Quando o Tribunal de Contas nega registro a contrato que de registro precisa para sua perfeição, suspende se lhe a execução e o Congresso Nacional tem de apreciar a espécie. A diferença é evidente.

Se ao Tribunal de Contas só se confere a apreciação da legalidade ou ilegalidade do negócio jurídico, não se lhe atribui qualquer função de integração do negócio jurídico: apenas tem ele a de controle jurídico; no plano da administração. A decisão~ que se lhe dá, é declaratória, *positiva,* se afirma a legalidade, ou *negativa,* se enuncia que é ilegal. No plano da administração, não desconstitui. O contrato, ilegal, segundo o julgamento administrativo do Tribunal de Contas, não deixa de ser contrato: é, apenas, contrato, com a nota de ilegal, aposta pelo Tribunal de Contas, que não pode dizer, a respeito, a última palavra, nem o desconstitui (cf.

Constituição de 1946, art. 141, *§* 40). São pontos, Esses, que merecem toda a atenção dos intérpretes do direito brasileiro.

Se o negócio jurídico foi compra-e-venda em que a União se obrigou a acordo de transmissão, passados z meses, ou anos, sob pena de multa de 7/, prefigurou-se a espécie do ad. 77, *§* 29, da Constituição de 1946, e teria de ser registrado pelo Tribunal de Contas o negócio jurídico, *integrativamente.* Se O negócio jurídico foi contrato que interessa à receita pública, tal como se o produto da a União e nação tivesse sido incluído no orçamento, porque do orçamento sairia a indenização, precisa de registro pelo Tribunal de Contas o negócio jurídico, *integrativamente.* No estado atual do direito brasileiro, não pode o Tribunal de Contas exigir registro fora das três espécies: a) se é caso de incidência do art. 77, § 1.0, da Constituição de 1946; *10* se é caso de incidência do art. 77, § 29; *e)* se foi inserta a cláusula de não-eficácia do negócio jurídico. Se nenhuma das espécies ocorre, tem ele de dizer, apenas, Sobre a legalidade do negócio jurídico, afirmando-a, ou negando-a.

Se o Tribunal de Contas transformou em integrativa decisão que havia de ser declaratória, positiva ou negativa,, não podia fazê-lo. Ultrapassou os limites da sua competência. Contra Esse ato do Tribunal de Contas cabe ação judicial. Tendo ele remetido o processo ao Congresso Nacional, contra o ato do Congresso Nacional é que se há de propor a ação, *constitutiva negativa,* ou, dentro do prazo preclusivo, *mandamental.*

A Constituição de 1946, art. 77, III l.~ parte, exige a apreciação da *legalidade* dos negócios jurídicos (ditos

"contratos") e o registro deles (art. 77, *§* 1.0). A "legalidade" dos negócios jurídicos significa a concordância do fundo e da forma deles com a Constituição, as leis e as demais regras jurídicas, que se hajam de respeitar em virtude da Constituição de 1946, ou das leis. A ilegalidade pode, por conseguinte, consistir: *a)* em infração de regra jurídica da Constituição de 1946; *b)* em infração de lei;~ e) em infração de outra regra jurídica que incida de acordo com a Constituição ou as leis.

O contrato em que figura a União há de ser firmado por *órgão* da União, ou□ por algum *representante,* a que o órgão competente da União haja outorgado poderes suficientes.

O contrato há de respeitar as regras cogentes e o seu conteúdo há de ser Sobre atos ou omissões que a União possa prometer ou exigir, ou algo que ela possa dar.

Feito o contrato, não há simples *apontamento,* : já há parte do negócio jurídico bilateral, que se deseja. Mas, no sistema jurídico brasileiro, ainda não está perfeito *(=* concluído). A situação que se estabelece, até o registro pelo Tribunal de Contas, com a assinatura dos contratos em que são figurantes o Estado e o interessado ou os outros interessados, declarantes de vontade, é semelhante à dos negócios jurídicos feitos em juízo, ou levados a juízo, e dependentes de homologação, ato processual *integrativo* do negócio jurídico Porém, enquanto, algumas vezes, a homologação apenas tem por fim eficácia de direito processual e, sem a homologação, há. por fora (~ extra processualmente), a eficácia de direito material. os contratos em que é contraente a União, por força do art. 77, *§* 1.0, da Constituição de 1946, não têm qualquer efeito antes do registro, porque eles mesmos ainda não estão *perfeitos.* A execução de tais negócios jurídicos ainda imperfeitos é como a execução de obra em terreno alheio, por apenas ser provável que se conclua o negócio jurídico de alienação. Ponto, Esse. que merece toda a atenção.

A Constituição de 1946 foi clara (art. 77. § 1/>) "Os contratos que, por qualquer modo, interessarem à receita ou à despesa só se reputarão perfeitos depois de registrados pcio Tribunal de Contas. A recusa do registro suspenderá a execução do contrato até que se pronuncie o Congresso Nacional". Somente escapam à exigência do registro os contratos que não interessarem à receita ou à despesa, o que é ruralissímo . Tais contratos,sem conseqüências patrimoniais

apenas estão sujeitos ao julgamento da legalidade (Constituição de 1946, art 1H.1.~ parte).

O exame do negócio jurídico é, em princípio, prévio, porque só após ele se pode registrar. Sem o registro. não está perfeito o negócio jurídico. Se deixou de ser-lhe examinada a legalidade, com o competente registro, o cumprimento do contrato ou de outro negócio jurídico é *antecipação,* sob a responsabilidade dos órgãos estatais e dos funcionários públicos e a r" <co (do outro figurante do negócio jurídico. Com o julgamento da legalidade e subseqüente registro, os atos praticados podem ser ratificados.

Nos comentários e manuais de direito constitucional, nem sempre o que se tem escrito parte da diferença básica entre *existência, validade* e *eficácia* dos contratos ainda não registrados, se registrados haviam de ser, O conceito de invalidade logo se mostra estranho e inadequável, porque não se trata de incapacidade, nem de ilicitude ou impossibilidade do objeto, ou de infração de regra jurídica Sobre forma, nem de falta de solenidade, ou de sanção especial de nulidade. Nem, tão pouco, de simples ineficácia, o que teria a conseqüência de se terem de distratar todos os negócios jurídicos bilaterais a que se houvesse negado registro.

A Constituição de 1946, art. 77, § 19, pôs a solução do problema de técnica legislativa no *plano da existência:* o contrato que precisa de registro, enquanto não se completa com o registro, não é *contrato;* apenas é peça do contrato. Daí a expressão "perfeitos" que aparece no art. 77, § 1.0. O contrato em que é figurante o Estado e precisa de registro não é negócio jurídico, como o é o testamento a3nda em vida do testador, de modo que não só a eficácia depende do registro como só a eficácia do testamento depende da morte do testador. Somente o registro o completa, somente com o registro ele se perfaz. Situação especial estabelece-se com o *registro* sob *reserva,* se cabe na espécie e o Presidente da República entende que se há de fazer, embora sujeito a recurso para o Congresso Nacional, ensejando-se a aprovação ou a desaprovação. Se não há a aprovação, apenas se adiantou eficácia, que a deliberação do Congresso Nacional apaga ex *hino.*

O contrato existe eu não existe. Existe, se foi registrado, ou se foi aprovado o ato do Presidente da República de que resultou o registro sob reserva. O negócio jurídico que existe, Esse, sim, pode ser nulo, anulável ou ineficaz. O registro apenas completa o negócio jurídico, não lhe cobre ou lhe sana nulidades, nem atribui efeitos que o negócio jurídico não tem. De maneira que a direito do exame da legalidade pelo Tribunal de Contas pode acontecer que o negócio jurídico seja

nulo, ou anulável, ou ineficaz. O negócio jurídico em que é figurante a União pode ser nulo, anulável, ou ineficaz, o que, em cognição *cxl rajudiciária,* é examinado pelo Tribunal de Contas, ao desempenhar-se da função que lhe dá a Constituição de 1946, no art. 77, ~ 13

parte. Ainda depois do registro, que supõe a negatividade de nulidade, anulabilidade ou ineficácia, a matéria é sujeitável à apreciação *judiciária.*

Uma das conseqüências de ser o registro elemento do suporte fático dos negócios jurídicos da União é a de só haver, para a restituição do que foi prestado, na esperança de sobrevir o registro,. ou a aprovação do registro sob reserva. d& parte a parte, ações de enriquecimento injustificado *(condictiones causa mm secuta).*

O julgamento da legalidade dos negócios em formação. a que se refere o art. 77, III, 1.~ parte, da Constituição de 1946,

é de natureza especial, se o consideramos nas relações entre o Poder Legislativo, de que é órgão o Tribunal de Contas, e o Poder Judiciário, a que toca o controle das leis e dos atos dos outros poderes públicos.

a) Se o julgamento da legalidade do negócio jurídico em formação é no sentido de desconstituíbilidade do negócio jurídico em formação (é nulo, é anulável), ou no sentido de declaratividade negativa (é ineficaz), ou no sentido de declarativídade positiva <não é nulo, nem anulável, nem ineficaz) com força formal de coisa julgada em verdade, nenhuma invalidade, eu ineficácia, ou validade ou eficácia se refere ao negócio jurídico

, porque o julgamento é da *peça* a que ainda falta o registro, para que o negócio jurídico se perfaça.

Rigorosamente, a apreciação é da *peça,* e não do negócio jurídico, a que ainda falta o elemento final, que é o registro.

As considerações que aí ficam e as que se seguem mostram, à evidência, que a suposição de serem bilaterais

os negócios jurídicos entre os particulares e o Estado, enquanto não se dá o registro, há de ser repelida. Não há *unilateralidade* do negócio jurídico; o que há é falta de elemento do suporte fático para que o negócio jurídico *bilateral* se perfaça.

b) Se o julgamento da legalidade do negócio jurídico em formação é

no sentido de poder valer e ter eficácia, a conseqüência regular é o registro, com que o negócio jurídico se perfaz. O julgamento foi declarativo e o registro resulta de mandamento do Tribunal de Contas. Tecnicamente , a decisão do Tribunal de Contas é declarativa, mandamental e constitutiva:

declara a legalidade, no sentido geral, que é o do art. 77, III, *1~a* parte, da Constituição de 1946; *manda* que se proceda ao registro; e, com isso, mediatamente, põe o elemento que falta à perfeição do negócio jurídico: portanto, *constitui.*

Aqueles que criticam, por influência de leituras estrangeiras, a técnica legislativa do art. 77, 111, 13 parte, e do § 19, da Constituição de 1946, não sabem dar o valor exato ao que, através de constituintes atilados e legislaturas esclarecidas, se vem concretizando nos textos constitucionais e nas leis brasileiras. Há os que dizem que, por vezes, precisa o Poder Executivo de contratar sem o controle do Tribunal de Contas e sem a formalidade do" registro. Mas isso não está na Constituição de 1946, isso ofende a Constituição de 1946, isso não pode ser tolerado enquanto não se reforme a Constituição de 1946, para se abrirem portas à irresponsabilidade, postergando-se a Constituição de 1946, ou à irresponsabilidade e à ditadura.

O que a experiência mostra é que os males do país têm provindo exatamente dos momentos em que se violaram as Constituições para que se pudesse fazer o que sacrifica o próprio destino nacional ou os interesses gerais.

Ainda depois de ser registrado o negócio jurídico, portanto ainda depois da sua perfeição, ao Poder Judiciário é dado examinar-lhe a *validade* e a *eficácia.* Porque a função julgadora que teve o Tribunal de Contas foi para integração do negócio jurídico, sem eficácia de coisa julgada *material.*

No direito público, as concorrências públicas podem ser em virtude de regra jurídica cogente, ou em virtude de auto-regramento da vontade. Ali, é o sistema jurídico que impõe a manifestação de vontade ao público, e não a determinada pessoa ou a de determinadas pessoas, tal como acontece com os *concursos* exigidos pela Constituição ou pelas leis e as *invictationes ad offerendum,* ou às ofertas ao público em concorrência, que têm por fim conclusão de contratos com o Estado (União, Estado-membro, Distrito Federal, Município).

Aqui, o próprio interessado, unidade estatal, prefere a manifestação de vontade feita ao público.

Na técnica da concorrência pública, ou a unidade estatal convida os interessados a fazerem as ofertas, de modo que a comissão ou órgão apreciador das ofertas escolha o *unus ez publico,* ou a unidade estatal oferece e apenas faz razão de escola entre os que *querem* aceitar a maior vantagem que um deles apresente (e. g., maior garantia, fornecimento da qualidade a, *b,* ou *c,* previstas na oferta). A mais freqüente espécie de concorrência é de tipo compósito: há a *oferta-base* e os interessados apresentam as suas aceitações, preenchendo os brancos deixados, de modo que a escolha constitui, no que concerne aos brancos que foram diferentemente preenchidos, *dedo. ração* de uma das manifestações de vontade ser a manifestação de vontade mais favorável à unidade estatal. Às vezes, porém, o edital é apenas *invitatio ad offerendum,* e os concorrentes apresentam as suas *ofertas,* de jeito que a entidade estatal, obedecendo ao critério que as leis lhe impõem, *aceita* uma delas, ou a única.

Se a lei faz cogente a concorrência, a *ratio legis* é: *a)* evitamento de negócios jurídicos unilaterais ou contratos de direito público em que a pessoa do beneficiado ou do contraente tenha sido determinada a líbito, ou em que as cláusulas não sejam as melhores que se poderiam conseguir, principalmente no tocante às contraprestações; *b)* não se pré excluírem , nos contratos em que é figurante o Estado, as outras pessoas que exercem a mesma profissão, ou têm a mesma atividade ou a mesma possibilidade.

Desde que a lei estabelece o *concurso* ou a *concorrência* como *ins cogens,* todos os que estão em situação de poder inscrever-se em concurso, ou de apresentar-se à concorrência, têm *pretensão a que se abra* o *concurso* ou *a concorrência.* Em conseqüência, cabe-lhes também a *pretensão* à *tutela jurídica.*

Por exemplo: a nomeação de juiz ou de funcionário sem concurso dá a qualquer pessoa que alegue e prove que poderia inscrever-se no concurso a ação para a decretação da nulidade da nomeação; qualquer firma construtora que alegue e prove que poderia apresentar-se em concorrência pública para a construção de edifício para a União, o Estado-membro, o Distrito Federal, o Território ou o Município, tem ação para a decretação da nulidade ou para a declaração da inexistência do contrato que se fez sem concorrência.

Se o contrato foi feito sem concorrência, mas leria, antes, de ser-lhe julgada a legalidade pelo Tribunal de Contas e proceder-se ao registro dele, a ação é *declaratória negativa* (Código de Processo Civil, art. 29, parágrafo único), porque tal contrato (ainda) não existe.

O registro dos contratos e mais negócios jurídicos sujeitos a registro somente se faz após a verificação de serem legais (Constituição de 1946, art. 77, 111), isto é, após o julgamento declaratório, pelo Tribunal de Contas, de que *existem* e *valem.* Legalidade, aí, é existência *mais* validade. Às vezes, o registro é pressuposto da perfeição dos contratos e demais negócios jurídicos do Estado. Isso importa dizer-se que, no direito brasileiro, a declaração de se ter concluído o negócio jurídico sujeito a registro, questão prévia necessária ao registro, somente significa a declaração de que imperfeitamente existe; é com o registro que passa a existir perfeitamente. A execução do negócio jurídico, que precisaria de registro, sem que Esse a houvesse precedido, é execução de negócio jurídico imperfeito. O registro posterior (art. 77, *§* 29) é registro que depende do exame da legalidade, como o registro *prévio.* Não se diga, como se há dito na doutrina e na jurisprudência, que o registro é condição suspensiva; porque tão fáceis assimilações revelam que se confundem, lamentavelmente, "condições" e pressupostos integrativos do fundo ou da forma, ou de ambos.

Por isso que o registro posterior, como o prévio, é pressuposto integrativo do fundo e da forma, as leis ordinárias não podem dizer que não mais se aprecia a legalidade de contratos já executados (evite-se a consulta à literatura de países que não possuem a regra jurídica do art. 77, § 1.0, da Constituição de 1946).

Por isso que o registro, posterior ou prévio, é pressuposto integrativo do fundo e da forma, seriam contrárias à Constituição de 1946 quaisquer regras jurídicas ordinárias que considerassem registrado, ou dispensassem de registro, qualquer negócio jurídico que, dentro de certo prazo, não houvesse logrado a verificacão de legalidade por parte do Tribunal de Contas. A lei ordinária pode estabelecer a substituição automática dos relatores, ou Ministros, que excedam prazos; pode estatuir que sejam processados, criando-lhes a figura do crime de responsabilidade. Não pode dispensar, de modo nenhum, o registro.

Se a lei aponta os negócios jurídicos que não estão sujeitos a exame prévio, é que protraiu Esse exame, não o dispensou. Tal exame se faz por ocasião das ordens de pagamento, que são sujeitas a exame *prévio* .

O exame posterior pode concluir pela inexistência, ou pela não-validade do negócio jurídico sujeito a registro; portanto, pode declarar a ineficácia do negócio jurídico. Não cabe a responsabilidade do Estado pelo *interesse negativo* porque o art. 77, *§* 1.0, se impõe a todos

os contraentes, nos contratos regidos. nesse ponto, pelo direito administrativo.

A recusa de registro por falta de saldo, ou por imputação a crédito impróprio, é irrecorrível. O negócio jurídico, que precisava de registro, não se perfez, ou faltou poder à autoridade administrativa. Se outro é o fundamento, o Presidente da República pode exercer o poder resultante do art. 77, § 39, da Constituição de 1946: resolve ele que se faça o *registro sob reserva.* a que o Tribunal de Contas procede, recorrendo de ofício. A Constituição de 1946 poderia ter construído diferentemente o registro sob reserva: *e.* g., o Presidente da República recorreria, devendo o Tribunal de Contas registrar sob reserva. Não é isso, porém, o que está no art. 77, § 3.~: o Presidente da República despacha (resolve que se cumpra o negócio jurídico) o Tribunal de Contas registra sob reserva, e recorre de ofício. No art. 77, § 3,0, da Constituição de 1946, se a razão da recusa de registro não foi falta de saldo no crédito, ou imputação a crédito impróprio, pode o Presidente da República, por despacho, interferir, registrando-se, então, *sob reserva,* o credito. O prazo é de quinze dias, segundo a legislação ordinária, contados da recusa, se o Congresso Nacional está funcionando, ou da data em que se inicia a sessão legislativa, em caso contrário (cf. Decreto-lei n. 426, de 12 de maio de 1938, arts. 41 e 29). O recurso é de ofício, sem efeito de suspensão, o que faz ressaltar a responsabilidade que, por seu despacho, assume o Presidente da República, titular de direito formativo modificativo (e a eficácia dEsse é o registro, a despeito da decisão do Tribunal de Contas) - A comunicação do despacho é à Câmara dos Deputados (arg. ao art. 67, § 1.0) - Os membros do Tribunal de Contas, recusando o registro, não ficam expostos a censura do Congresso Nacional, porque competente para os julgar é o Supremo Tribunal Federal (art. 131, 1, e) - Além disso, o recurso do art. 77, § 39, não é *judicial,* nem *para judicial :* o conteúdo da decisão é exame das razões da recusa *mais,* eventualmente, exame da conveniência *polida* de atender ao ato do Presidente da República. Daí a eficácia poder ser constitutiva positiva.

A lei ordinária diz quando há de ser posterior ou prévio. A Constituição não discriminou as matérias, em que os registros haveriam de ser prévios, e as matérias em que haveriam (ou poderiam) ser posteriores. Nem, tão-pouco, discriminou, a respeito, os atos jurídicos do Estado. Deixou-o à legislatura ordinária.

Já falamos, acima, Sobre o *registro sob reserva,* registro antecipado à decisão recursal do Congresso Nacional. Sendo desfavorável, não se perfaz o negócio jurídico. Também falamos do *registro posterior.*

Pode dar-se que a decisão do Tribunal de Contas demore, ou outra circunstância haja determinado *a* prestação pelo contraente, antes da perfeição do negócio jurídico. Então, a posterioridade da *perfeição* não implica que se desconheça o que se antecipou. A Constituição não disse que somente há efeitos do negócio jurídico *após* o registro; disse, apenas, que só se reputam perfeitos os negócios jurídicos após o registro.

Registrado em março, pode ser pago o que se forneceu em janeiro e fevereiro, ou os serviços que foram prestados, se de prestações de janeiro em diante cogita o negócio jurídico (eficácia *ex tune)*.

Evidente está que qualquer- *eficácia,* no caso de registro sob reserva, é de contrato que se perfez *condicionalmente.* Não há unilateralidade do negócio jurídico.

11. DOAÇÃO . Caso típico de declaração unilateral vinculativa e obrigativa, e de evidência sem par, é o do art. 1.342, parágrafo único, do Código Civil. Há pouco versamos o assunto das doações; pressupomos, pois, a leitura. As ofertas de doação antes de aceitas e sem prazo podem ser revogadas, e não serão obrigatórias no lapso intervolitivo; mas a lei, expressão do pensar social, estabeleceu e o mesmo seria dizer "estipulou" a obrigatividade das doações a que alude o parágrafo único do art. 1.342. Lê-se no art. 1.341: "Quando alguém, na ausência do indivíduo obrigado a alimentos, por ele os prestar a quem se devem, poder-lhes-á reaver do devedor a importância, ainda que este não ratifique o ato". E no art. 1.342: "As despesas do enterro, proporcionadas aos usos locais e à condição do falecido, feitas por terceiro, podem ser cobradas da pessoa que teria a obrigação de alimentar a que veio a falecer, ainda mesmo que esta não tenha deixado bens". A unilateralidade surge no art. 1.342, parágrafo Unico: "Cessa o disposto neste artigo e no antecedente, em se provando que o gestor fêz essas despesas, com o simples intento de bem fazer Não há somente promessa. Há doação perfeita, sem que alguém houvesse aceito. As despesas do enterro, proporcionadas aos usos locais e à condição do falecido, feitas por terceiro, podem ser cobrados da pessoa que teria a obrigação de alimentar a que veio a falecer, ainda mesmo que esta não tenha deixado bens (art.

1.342).

Houve desembolso , e *animus donandi.* Ao Código Civil, que anteriormente tanto atendeu ao caráter *econômico* da doação, seria incoerência não dar efeitos definitivos a ato consumado, quer o

benfeitor tirasse de seu bolso o necessário às despesas, quer as assumisse, pois o elemento principal não é a tradição de coisa sua, como nas mais vulgares doações verbais, mas o aproveitamento por outrem (alimentando ou falecido) e o "simples intuito de bem fazer". Aliás, o princípio não é estrito. O que paga dívida alheia, com o *animus donandi,* não se subroga ao credor, O que se faculta é a revogação, da oferta de doação, como de qualquer oferta de contrato, que por isso melhor se diria pré-contrato de doação; não a doação ultimada.

Mais uma vez frisemos a diferença entre *oferta* de doação e *promessa* de doação. Quem oferta espera a aceitação, mesmo que seja pelo silêncio (Código Civil, art. 1.166). Quem promete, unilateralmente, não espera a aceitação: vinculou-se.

12. UNILATERALIDADE E AQUISIÇÃO DA POSSE. Entre a chamada *aquisição unilateral da posse* e a *aquisição convencional da posse* não há, cientificamente, diferença especifica. Se alguém adquire a posse de coisa a déspota, insere-se em relação jurídica em que figura como sujeito ativo e na qual a. sociedade (todos) é sujeito passivo. Não é diversa a situação de quem a adquire de algum particular: a inserção opera-se, como na outra espécie, e no ato transíativo dá-se solução de continuidade quanto ao transmitente e só em virtude da regra jurídica é que a posse conserva os seus caracteres anteriores, ou se soma ao que vai durar a recente.

Num e noutro caso, é inabluível a natureza social da posse: aquisição unilateral ou convencional da posse, sujeitos passivos na relação jurídica todos o são. A diferença que se pretende encontrar não é outra que a proveniente da ausência de *acOrdo de transmissão.* Se consideramos a relação possessória e a sua direção , encontramos os seus verdadeiros pólos, e veremos que o adquirente (sujeito ativo) tem diante de si, em todas as circunstâncias, a sociedade, todos.

A ilusão nasceu de ver-se criação da situação atual pela vontade do possuidor atual, *mais* a do anterior (transmissão consensual), ou pela vontade do adquirente, onde só existia sucessividade de posições, sem fio genético, entre figurantes. Não é o transmitente quem faz nascer o direito do adquirente, nem a posse; a sucessividade tem os seus efeitos, mas não chegam a ponto de se impor como expressão genetriz da nova situação possessória. Essa depende, exclusivamente, do adquirente e da sociedade, pois que a posse constitui fato independente, mera limitação à liberdade de todos. O acordo das vontades e o ato exclusivo do adquirente são elementos que se colam,

a nossos olhos inexperientes, à aquisição da posse. O fato de o herdeiro ou legatário continuar a posse do *de cuius,* nada prova em favor da influência genética da sucessividade, porque é resultante da lei.

a regra legal *Posse ssio defuncti quasi juneta descendit ad heredum, d plerum que nondum hereditate adita completur,* e não a sucessivídade *em si,* que produz a continuação dos caracteres possessórios. Tanto assim é que o sucessor singular está livre disso. e não continua a posse do antecessor: une, se quer, a sua posse, à daquele. Não se dá continuação, mas. conjunção ou união facultativa das posses. Assim, pois, a sucessão não fere a aquisição; não contém, em si, elemento de caráter; a continuação ou conj unção não deriva dela, mas do estabelecido pela lei. O assunto foi largamente versado no Tomo X, §§ 1.080-1.096.

13. VANTAGENS, COMISSÕES OU PERCENTAGENS PARA FUNDADORES DE SOCIEDADES.

Caso de declaração unilateral obrigatória tinha-se na Lei das Sociedades Anônimas, que era, então, o Decreto n. 1.362, de 14 de fevereiro de 1891. No art. 7□0, o Decreto n. 1.362 falava de vantagens, comissões ou percentagens, que têm de ser dadas a fundadores ou incorporadores e bem assim a terceiros. As vantagens, feitas com prévio conhecimento dos subscritores, seriam mencionadas nos prospectos, se a subscrição fosse pública, deliberadas pela assembléia geral de constituição da sociedade anônima, quando o beneficiário fosse fundador. Seria perfeito contrato bilateral desde que se autorizasse em ata o pagamento, e quando fosse terceiro o que se galardoasse, não seria menos obrigativa a promessa: não se trata de doação, mas de reconhecimento de dívida, ou, melhor,de arbitramento de remuneração ou paga, pelos serviços ou proveitos à sociedade em sua fase constitutiva.

Dizia o Decreto n. 1.362, art. 7.0: “Os fundadores ou incorporadores de sociedades anônimas, os cedentes de contratos, feitos com o poder público, que auferirem vantagens, sob a forma de renda, comissão ou percentagem. .. “. Mas está visto que o artigo era explicativo, ao referir os que têm os tais contratos, e nele se deviam compreender todos os terceiros que tivessem concorrido para a formação da sociedade. O art. 20 do Decreto n. 434, de 4 de julho de 1891, foi explícito: “É lícito, depois de constituída a sociedade, estabelecer-se em favor dos fundadores ou de terceiros, que hajam concorrido com serviços para a formação da companhia, qualquer vantagem

consistente em uma parte dos lucros líquidos. Esta vantagem só pode ser concedida por deliberação da assembléia geral". Sobre a conciliação dos arts. 6.0, 10 e 20 do Decreto n. 434, escreveu 3. X. CARVALHO DE MENDONÇA *(Tratado de Direito Comercial,* III, 327)

"Atenda-se a que as expressões *depois de constituída a sociedade* não querem dizer que a sociedade esteja em funções. A sociedade *constitui-se* desde o momento em que os subscritores declaram, na escritura pública, a vontade de formarem a sociedade (art. 72 do Decreto n. 434), ou desde o momento em que, na assembléia de organização, os *fundadores declaram a sociedade* definitivamente constituída (art. 75, n. 3, do Decreto n. 434). *Depois de constituída* é que se procede ao registro dos documentos legais e à publicação

<arts. 79 e 80 do Decreto n. 434)

Na vigente Lei de Sociedades por Ações <Decreto-lei ri. 2.627, de 26 de setembro de 1940), ad. 87, parágrafo único, g), atribui-se, privativamente, à assembléia geral votar quaisquer vantagens em benefício de fundadores, acionistas ou terceiros e autorizar a ~missão de "Partes Beneficiarias 14. OBRIGAÇÕES "OB" OU "PROPTER REM". tlá é outro o assunto. Vários são os casos de obrigação *ob* ou *propter rem. E.* g., a obrigação, que têm os proprietários, de contribuir para as despesas de demarcação das propriedades contíguas (Código Civil, art. 569) ; a obrigação dos comproprietários de concorrer para a conservação da coisa comum ou reparação ou construção do muro comum (art. 624); a obrigação, que toca ao dono do prédio serviente, na espécie do ad. 700, de fazer as obras necessárias à conservação e uso das servidões (arts. 699 e 700), e ai a fonte remota é contratual (t.. expressamente. . 2") e nem por isso deixa de competir a qualquer proprietário (ou dono, em sentido mais amplo), ainda que o seu direito não tenha origem literal; as rendas constituídas Sobre imóvel (art. 750) ; os impostos prediais e os que recaem Sobre o imóvel, pois se a sua origem é de direito público em sua efetivação assumem o caráter das obrigações em geral.

Todas elas pressupõem fato, do qual derivam, e é a lei. aonde, pois, a formação do contrato Como se opera a construção vinculativa? Um dos nossos mais profundos civilistas classificou como obrigações as que correspondem às chamadas *in rem scriptae,* e deu-lhes, seguindo, a COYENA e ao antigo Código Civil espanhol, o nome de *reais* (LACERDA DE ALMEIDA, *Obrigações,* 71). Para ele tais obrigações têm sujeito indeterminado, devedor ou credor, ou até ambos. Admitia, portanto, o vínculo entre devedor, determinado e *incerta persona,* ou entre devedor indeterminado e pessoa certa (usufruto, habitação,

anticrese, hipoteca), ou entre *incertae personae* (servidões prediais). É a opinião geral; não nos parece, porém, suficiente. Quem

.constitui servidão em favor de um prédio, pratica ato jurídico, que deve ser aceito, se oneroso, mas que pode prescindir de aceitação expressa, se por título gratuito e se foi assinado prazo ao donatário para aceitar. Em qualquer dos casos há negócio jurídico com alguém, que adquire o direito, e pode transmiti-lo, ou perdê-lo, como direito real, pelos modos que a lei reconhece.

A explicação do direito real põe fora de dúvidas a situação vinculativa: quem se faz senhor do prédio, obriga-se aos direitos e ônus reais, como, na promessa de recompensa, o promitente fica obrigado ao prometido.

Apenas, ali, a sua obrigação deriva de ato expresso. No imposto predial e noutros, que na aparência obrigam o imóvel (~e já houve quem assim dissesse!), há relação jurídica entre a União, o Estado-membro ou o Município e o dono ou possuidor do prédio. O direito da União, do Estado-membro ou do Município, não é o direito de receber o imposto, mas o de i *mpor* o tributo, o de lançar nos livros o imposto, ou, *e. g.,* a taxa sanitária (se onera o prédio). Lançado o imposto, devedor é o senhor do prédio *no momento.* Durante o tempo que se escoou entre o lançamento e a cobrança pode o prédio variar de dono; nenhum dos anteriores contrairá obrigação; só o último assumirá todas, isto é, todas as anuidades ou mensalidades do imposto. O Governo tem ação por seu ato unilateral, mas isso nada prova: pode não ter direito a ela e ser excluído. Os partidários da teoria da vontade unilateral como fonte de obrigação, uma vez que só atendem ao ato volitivo imediato (como se daria nos títulos ao podador e na promessa de recompensa), teriam que ver nisso o ato unilateral do Estado. Mas esquece-lhes a lei, em sua função jurigênea, que se evidencia na defesa e exceções opostas pelo proprietário executado pela Fazenda quanto à inconstitucionalidade ou ilegalidade do imposto. Os mandados de segurança, hoje tão usados, são expressivos, e mais ainda as sentenças em ações especiais ou ordinárias em que se nega ao poder público o direito de cobrar o imposto.

Há unilateralidade, sim, mas essa unilateralidade é a do *ato de imposição,* ou, mais largamente, do *ato de tributação.* Não há, aí, promessa unilateral de modo que não nos adianta muito, aqui, a análise da espécie.

As demais obrigações (Código Civil, arts. 569, 824 e 700) explicam-se

do mesmo modo: do fato de contigüidade ou comunhão surge o direito, *erga omites,* de só ter nas despesas a parte que lhe for correspondente na demarcação ou na obra comum. A relação jurídica é composta de sujeito ativo, que é vizinho, e sujeito passivo, que é quem for vizinho, no momento. Esse direito é prefona da obrigação entre os compossuidores ou comproprietários, porque a lei, ao mesmo tempo que reconheceu aquele direito, reputou gerador da obrigação de concorrer nas despesas o ter propriedade com outrem, ou ser vizinho e não estar demarcado o seu prédio. A lei dá ao fato de alguém ser proprietário e vizinho de outrem o direito de exigir demarcação, e ao proprietário do prédio confinante o mesmo dever e a obrigação, que também o outro tem, de concorrer para as despesas. Não se impôs direito: a pessoa voluntariamente o adquire pelo fato de se fazer dono do imóvel, como pelo fato de ser dono está na iminência de ficar obrigado às despesas. O ato de adquirir suscita o dever e a obrigação, que se pode formar pelo exercício do *direito de pedir a demarcação.* Se um promove o processo e faz as despesas, para o que a lei lhe dá pleno poder, em se recusando o outro, o vizinho deve-lhe a parte proporcional, que se fixar a final, mas começou a devê-lo desde o desembOlso, e ai a razão de nos lembrar, na explicação, a figura científica do pleno poder sem outorga por outrem. Não há mandato, nem gestão: primeiro, porque nada ordenou o vizinho irresoluto ou omisso; segundo, porque na *gestio negotiorum* se torna necessária a ratificação, e o *dominus negotii* não toma nenhuma parte nos atos, ao passo que, na ação de demarcação, o mesmo não se dá: a ratificação fOra escusada, e pode o dono do prédio confinante ter respondido à ação e tomado parte nos atos, embora sem pagar custas e mais despesas.

15. OUTORGAS ESTATAIS DE ISENÇÃO DE IMPOSTOS. As outorgas de isenção de impostos são *atos legislativos unilaterais.* O ato legislativo unilateral de tributação (imposição, taxação) faz devedor quem não o era, porque a Constituição assim o estabeleceu. Atenuaram-se os inconvenientes da atividade regalia, unilateral, com a formação democrática do Poder Legislativo, mas isso de modo nenhum bilateralizou o ato legislativo de imposição ou de tributação. Inserir no bilateral o unilateral não é bilateralizá-lo.

O ato legislativo de isenção atribui a quem teria de ser contribuinte situação de não dever.

(a) As *imunidades* e as *isenções de impostos* são inconfundíveis. A imunidade é *limitação* à competência legislativa tributAria. A *isenção* é outorgada pelo Poder Legislativo, que poderia editar a regra jurídica

de imposição. A pessoa ou objeto imune não pode sofrer incidência de imposto. A pessoa ou objeto isento poderia sofrer a imposição e estaria sujeita a ela, mas a lei a pôs, excepcionalmente, fora de atingimento da imposição.

(b)Diz-se que é *subjetiva* a isenção quando é a pessoa que fica isenta da imposição. As considerações que levaram à sua decretação foram de ordem subjetiva, de modo que a pessoa é elemento do suporte fático da regra jurídica isentiva. Porque a pessoa *isenta* aparece no suporte fático da regra jurídica do imposto, essa não incide (cf. A. HENsa, *Steuerreckt,* 3.a cd., 60 a.; H. Mar, *Grundrias des deutschen und preussischen Steuerrechts,* 93).

Diz-se *objetiva* a isenção quando o legislador abstrai da pessoa, inclusive de qualidades pessoais, para retirar do campo de incidência da regra jurídica de imposição algum bem. Isento fica, portanto, o objeto, posto que seja sempre alguém que tivesse de pagar o imposto. Por exemplo: “as injeções para a profilaxia da doença a ficam isentas do imposto de consumo”, “as máquinas para fabricação de *a* ficam isentas do imposto de importação”.

Às vezes, a isenção subjetiva é só em função de elementos objetivos. Ocorre isso com as isenções outorgadas a empresas.

A pessoa física ou jurídica tem o seu ativo menos exposto à tributação do que estaria se a lei isentiva não tivesse sido feita, mas *aratio legis* foi o fundo de empresa.

(e) A *isenção* de impostos tem de ver justificada, para que não se dê violação do *principio de isonomia.* ou de igualdade perante a lei (Constituição de 1946, art. 141, § 1.0). Se não há razão para que se tratem desigualmente os contribuintes, ou as pessoas, físicas ou jurídicas, que teriam de contribuir, há ofensa ao principio de serem todos iguais perante a lei. *Á fortiori,* isentar alguém.

No Parecer n. 97, datado de 29 de maio de 1951, escreve-moa: “A isenção de impostos e taxas, se permitida constitucionalmente, somente pode ocorrer por *lei.* Só o Poder Legislativo pode isentar, se isenção, na espécie, é possível. Mas ele mesmo não pode isentar ferindo o principio de isonomia ou igualdade perante a lei (Constituição de 1946, art. 141, *§* 1.0). A isenção supõe comutatividade; se nenhuma há, isentar é ir contra a igualdade formal (Constituição de 1946, art. 141, *§* 1.0). 9 Poder Legislativo, federal, estadual ou municipal, não pode deixar ao Poder Executivo a dispensa

ou isenção de imposto „Ou taxa; salvo quando a função do Poder Executivo seja apenas a de verificar se o interessado ou interessados satisfizeram os pressupostos legais para *estarem isentos;* então, o ato administrativo é declaratório, e não constitutivo; é *decisão,* e não ato de arbítrio" *(Questões Forenses,* II, 488; cf. *Comentários* à *Constituição de 1946,* II, 3□t cd., 98).

Se, com a montagem de indústria, ou com determinado plantio, que depende de menor risco ao capital, cresce, por exemplo, o número de empregos para os habitantes da entidade estatal, ou há o aumento de outras fontes de tributação, não há, ou pode não haver, ofensa ao princípio de isonomia.

A isenção sem razão de ser ofende o princípio de isonomia ou de igualdade perante a lei. Se tem razão de ser, é porque, subjetiva ou objetiva t isenção, há desigualdade entre quem, por lei, fica isento, ou o objeto que, por lei, fica isento, e quem está sujeito à imposição, ou o objeto sujeito à imposição. Só a lei pode atender a essa desigualdade. Não pode estabelecer imunidade. Por exemplo, não poderia dizer que nenhum imposto incide em direitos autorais ou na remuneração de professOres e jornalistas. Isso só a Constituição o poderia estatuir e é o que está no art. 203 da Constituição de 1946.

Se o Estado (União, Estado-membro, Distrito Federal, Território, Município) tem interesse em que algo se instale eu se desenvolva no seu território, no que tange à ciência, à arte, à indústria, ao comércio, a técnica política legislativa dispõe de expedientes eficazes, tais como *subvenção,* a *participação no capital,* a *oferta de constituição de empresa de economia mista.* o *empréstimo,* a *isenção de impostos.*

A isenção pode ser *anterior* ou *posterior* ao ato ou à série de atos, à construção ou à produção que serve de base à decretação da isenção. Se posterior, a finalidade é a conservação ou a sugestão a maior produção, ou a que outros sigam o mesmo caminho de quem obteve a isenção. Se anterior, trata-se de incentivo.

As isenções a título de incentivo e prometidas ao público dificilmente poderiam ofender o princípio de isonomia ou de igualdade perante a lei. Concebida a determinada pessoa, ou empresa, ou ao produtor ou fabricante de algum objeto, a sua legitimidade, perante a Constituição de 1946, art. 141, § 1.0, depende de *existir* a razão de ser para o ato legislativo.

(d) No Parecer n. 65, de 29 de outubro de 1949, ferimos o ponto da vincularidade do Estado se isenta, sem ofensa à Constituição de 1946,

art. 141, § 1.0, no que concerne à isenção:

"Quando, no Estado de direito, alguém pratica algum ato, inclusive conclui negócio jurídico, contando com certa conduta do Estado, prometida em lei de tributação, que o isenta de impostos durante determinado tempo, entra no seu patrimônio ou d *ireito formado,* ou *direito formativo gerador.* Na primeira espécie, a decisão administrativa é *declaratória;* na segunda, *constitutiva,* pois que o direito depende do exercício daquele e da decisão administrativa".

-Ficam isentas de impostos, diz a lei, as aeronaves construídas no Brasil. Se o Brasil já as construía, a autoridade administrativa apenas declara o direito formado, que a lei isentiva conferiu. Se ainda não as construía, as empresas que as vão construir contam com a isenção.

A isenção criadora de *direito formado,* como a que se decreto para determinada exportação, ou importação já negociada, pode ser examinada pelas autoridades administrativas ou judiciárias, porém qualquer decisão é apenas *declarativa.*

Se a isenção apenas cria *direito formativo gerador,* depende do exercício do direito e da decisão administrativa ou judicial o cumprimento da lei. Na parte em que se examina o exercício regular, a decisão é só declarativa, pois o elemento constitutivo vem do exercício do direito formativo gerador.

(e) O ato do Poder Legislativo do Estado (União, Estado-membro, Distrito Federal, Território, Município) é *unilateral.* A pessoa ou as pessoas a que se dirige a isenção ou a isentabilidade, se realiza o que se quer incentivar, não é destinatária, ou não são destinatárias de oferta. *A vincularidade é pelo tempo deter-minado.*

Todavia, essa vincularidade não afasta a derrogabilidade ou Progabilidade, porque a solução contrária corrompeiaria o Poder Legislativo. Isso não significa que a derrogação ou a abrogação sejam sem conseqüências . O direito formado, ou o direito formativo gerador nasceu, ou Esse vai nascer. A ofensa a ele é ilícita.

A ciência do direito tinha três caminhos: a) considerar a derrogação ou a ab-rogação como possíveis, sem conseqüências , de modo que o Estado semente ficaria vinculado enquanto não editasse outra lei, que derrogasse ou ab-rogasse a lei isentiva; b) ter a derrogação ou a ab-rogação como ofensivas do princípio do art. 141, § 39, da Constituição de 1946; e) conceber a vinculação da entidade estatal, mas reduzível a indenização a conseqüência lesiva oriunda da derrogação ou da ab-

rogação.

Tem-se de assentar que a nova lei, derrogativa ou ab-rogativa, se refere a interesse público, que pode mudar, que a ofensa ao direito formado ou ao direito formativo gerador somente se haveria de considerar violação do art. 141, § 3.0, da Constituição de 1946, se a incidência do imposto, *na falta da lei isentina,* já se teria dado.

Assim, a solução certa é a solução c).

O Estado tem de indenizar os prejuízos causados àqueles que contaram com a isenção dentro do prazo determinado pela lei. De nenhum modo se pode dizer que há de pagar imposto, ou impostos, o ato ou série de atos que já haviam ocorrido *antes* dela e teriam sido sujeitos ao imposto ou aos impostos se isenção não existisse.

Quanto aos atos ou série de atos *depois* da lei derrogativa ou ab rogativa, Esses, deixaram de ser isentos, posto que haja a responsabilidade pelo prejuízo por parte da entidade ísentante.

(f) A empresa favorecida pela isenção por tempo determinado pode concluir com a entidade estatal negócio jurídico bilateral (contrato) em que se regule a indenização, ou se fixe o favor que substitua a isenção derrogada ou ab-rogada. Com isso, não se bilateraliza o ato legislativo de isenção, pois exatamente a permissão da derrogação ou da ab-rogaçáo atendeu à unilateralidade dele, com a permanência do exame das circunstâncias, no tocante ao interesse público, por parte do Poder Legislativo.

16. VINCULARIDADE ANTES DA BILATERALIZAÇAO . Façamos a casos mais vulgares, em que a vincularidade se manifesta com maior ou menor intensidade.

Ofertas de contrato:

a) *Meios de transporte* em bondes, estradas de ferro, navegação fluvial, lacustre e marítima, condução e navegação, aéreas. A companhia. empresa ou casa anunciante não pode cobrar mais do que avisa em seus anúncios, prospectos. tarifas eu contratos com o Governo não pode preferir passageiros. nem exigir a um mais do que a outro; não lhe é dado recusar passagem, ou remoção, a qualquer pessoa, nem objeto, nem mercadorias e ainda o permitirem a tonelagem, a lotação, o número de assentos, o peso acusado pelas balanças das aeronaves.

Todavia, se a pessoa que se apresenta é, conforme dados oficiais,

perigosa, ou se, no momento, há prova da sua periculosidade , a empresa pode recusar-se a admiti-la.

b) c *ompra e venda* e *locação de* coisas: as hospedarias, casas de chá, armazéns, armarinhos e, em geral, todas as casas. que prefixam os preços, não podem exigi-los maiores do que anunciaram, nem recusar venda ou locação, sem que haja para isso motivo justo: não lhes é permitido aumentar as quantias que de sua vontade fixaram para o dia, mês, o ano, o semestre, ou a semana. Salvo disposição implícita ou explícita.

e)Aparelhos automáticos. á houve caricaturas que desenhou as três fases do comércio: o antigo, sem pouso, de passagem; o moderno, em casas e apartamentos (a palavra é tio e velha quanto francesa e o moderníssimo, por meio de MULHER, homens de ferro, com poderosos braços inconstantes mas exatos, sem vida mas eficazes, sem cálculos mentais mas felicíssimos e infalíveis no contar. ponha-se de lado o pitoresco , porém reconheça-se ao esperto traçador de viagens algo de fotografo do comércio do mundo. O direito nia recusou atento exame ao assunto. Ganharam nomeada os livros de FUITZ SCLIILLER, MAX GDNTH~ e outros, referentes ao direito dos autômatos.

Atos de criação, isto é, que dão existência, ser, a alguma coisa ou entidade; dos quais, como simples explicação. enumeramos *a)* as *fundações; lO* a *constituição de sociedades* por ações e outras *entidades jurídicas* próprio *j.* E. RIJT4TZE *(Der* Gesam~fltakt, 38, 53 e 78), ao querer explicar a criação da sociedade por ações, apresentou a constituição como ato coletiva unilateral e obrigativo, porque é a lei que atribui o valor de 0brigação à promessa contida no ato; unilateral, pois que a sociedade *deliberada* não é, ainda, pessoa jurídica . Trata-se, em suma, como nos títulos ao portador e nas promessas de recompensa, de caso de tutela preventiva, que está toda no fato de atribuir a lei à declaração de vontade vinculatividade e obrigatividade juridicas.

Algumas declarações não vêm descabidas quanto às ofertas de venda e de locação. O comerciante, que policita, fica na Iminência de contratar com a pessoa que apresente e queira a coisa pelo preço anunciado.

Alguns vendedores pretenderam que o anúncio, em tais, fosse apenas convite ao público <*invitatio ad offere-Pt* dum), negócio extra jurídico, negócio que permanece no mundo fático, e que eles se reservavam o direito de substituir o preço marcado e até vender objetos diferentes dos que apresentavam nas amostras, reclamos, mostradores e escaparates. Assim ocorreu em França, mas o Tribunal do Comércio do

Sena, em decisão de 5 de janeiro de 1869, repeliu a pretensão desarrazoada. O que é possível, escreveu O. EuFNoízt *(Propriété et Contrai,* Théorie des modes d"acquisitíon des droits réels et des sources des obligations, 467), é que a policitação seja acompanhada de reservas expressas ou tácitas, como se um negociante oferece mercadorias a preço de pilhéria, muitíssimo inferior ao seu valor ou custo, ou seriamente , mas com o intuito de se sacrificar um dia ou dois para conseguir clientela. Em certas inaugurações, ou aniversários, há às vezes anúncios de distribuição gratuita .

O dono de hospedaria que dá aos quartos o aluguer de duzentos cruzeiros diários, mais ou menos, Esse, faz reserva tácita à sua oferta. A pessoa, que se apresenta, pode não lhe convir; mas, se à feição do albergue ou pousada repugna a consideração prévia, a reserva não existe. Eis aí diferença entre as ofertas de contrato: as de transporte público, condução, venda e out:ras não permitem o ter-se em conta a *pessoa,* o elemento único é *monetário,* patrimonial; não assim as locações parciais ou totais de prédios, em que o anunciante faz elemento de conta .a posição, classe, hábitos e simples aparência da pessoa. Até, às vezes, a garantia acessória, a fiança.

Ora, a reserva, se *expressa,* é fácil de analisar-se e impor-se; *tácita,* exige meticuloso exame. Onde a descobrir? Na *vontade* do anunciante? Nos dizeres do mostrador? Nos termos precisos do anúncio como germe de cláusulas essenciais não expressas? Na própria natureza do instituto ou do objeto anunciado?

Vê-se bem que tudo isso exige do doutrinador e do juiz finura de análise, que é tanto mais grave quanto decisiva: até ou não é vinculativa? Mas, ainda assim, outras regras da lei, *outros institutos,* podem comprimir os institutos que estudamos e obrigar o juiz a recorrer à equidade, à analogia ou aos princípios mais gerais e sempre salutares da *in rem versio,* ou do dano por culpa do anunciante.

Quanto à natureza do negócio jurídico, melhor dirão os exemplos de reserva tácita.

Quanto ao *objeto* e ao seu *destino:*

a) O anúncio de venda abaixo do custo, ou de "festas", à freguesa que aparecer com o melhor chapéu torna as qualidades *freguesa, melhor chapéu* os dois fundamentos principais da vitória; contudo, o prêmio *roupa de homem* ao *melhor* freguês não pode ser atribuído a uma freguesa: há reserva *tácita,* concernente à natureza do objeto anunciado: *roupa de homem.* Tudo isso é relativo: nas ofertas públicas,

o objeto não pode, ordinariamente , influir, porque o preço como que unifica a freguesia, desatualiza as outras distinções, quaisquer que sejam, de classe, de cor , de idade. Se alguma mulher compra mais do que qualquer homem, porque ela é quem compra as roupas de homem para o marido e os filhos, ou porque as comprou para presentes, o prêmio não é conferido a ela, porém ela funcionou como núncio do premiado. Surge dificuldade se a casa comercial exige que se publique o nome do premiado, que há de ser uma só pessoa, pois, ai, a distribuição pelo marido e pelos filhos, ou pelas pessoas presenteadas impede que se somem as aquisições.

Em todo o caso, é de atender-se a que, sendo a mulher quem pagou a conta toda e uma só, lhe ficou reservado o escolher o nome de quem há de figurar como freguês, salvo se das circunstâncias ou dos termos do anúncio ou da oferta se há de tirar que se dispôs diferentemente.

A utilidade, uma vez que pode o adquirente pretender, para outrem, o objeto, dificilmente adjetiva. As mulheres compram gravatas de homem, para presentes; e os homens, vestidos de senhora, jóias, sapatos de senhora.

b) No anúncio "festas aos Cariocas" a casa não entra em distinções de *nascimento,* mas de *estado:* cariocas são os que compram no Rio de Janeiro, onde se acham. Mas, se o presente é aos "Fluminenses", isto é, sócios do Clube, e consiste em distintivo, só os sócios são chamados à promessa ou, *muta.tis inutandis,* à oferta ao público.

Finalmente:

1) A promessa de recompensa não se confunde com as *ofertas* ou *propostas de contrato,* quaisquer que sejam, ainda quando o concorrente pague certa taxa <expediente, primeira fase de concorrência, etc.). II)Há autômatos que executam *promessas de recompensa,* e outros, que *oferecem* para a conclusão de contratos. Os atos quê deles derivam regem-se pelo instituto e, mecanicamente, foram destinados.

As relações poderão, até, não ser decorrentes de contrato ou responsabilidade contratual, nem de declaração unilateral de vontade, mas de obrigações por atos ilícitos. Exemplos: o malfeitor que põe bomba dentro do autômato, para que o concorrente, iludido com o chamamento público, a faça explodir; o que, conhecendo, ou não, a força de outrem, faz depender da pressão até 100 o golpe do braço do autômato em quem houver concorrido. Onde há dano e culpa, não

pode deixar de haver direito a indenização.

Se ao anúncio ou ao autômato junta o anunciante ou promitente ou oferente fonógrafo, vitrola, ou outro instrumento falante que dê instruções, caracterize reservas, ou aumente, em tom sério, as promessas ou ofertas, valem as declarações como se fossem de viva voz.

Não é só. Pela radiotelefonia ou pela radiotelegrafia é possível qualquer dos atos jurídicos. t meio idôneo, como os outros. Vinculam as promessas de recompensa que por ele se fizerem e as regras são as mesmas que se aplicam aos casos ordinários de promessa escrita ou de viva voz, t apenas uma das modalidades da promessa *oral* de recompensa. Entra na classe das promessas orais indiretas. O fonógrafo e a vitrola, não: se a promessa é posta em disco *vendido* e com aditamento à peça gravada, *e.* g., "se este disco durar cinco anos, o dono, com o cartão de compra, terá direito ao prêmio de doze discos", a promessa não é *oral,* mas, certamente, *escrita.* Outro exemplo melhor esclarece: se a declaração depende de *ato* do público (leitura, colocação no aparelho) é *escrita,* ou *por meio de aparelho.*

A distinção *escrita, oral* é sutil. *Oral* é o que, no momento, pode ser alterado pelo promitente: a possibilidade de alteração no momento de emissão é que caracteriza a oralidade. Se, uma vez confiada ao papel ou ao disco, não pode a vontade do promitente modificar os termos, é escrita a declaração de vontade.

Não pára nisso a dificuldade. ~O disco que está em maus do proprietário-promitente, posto no fonógrafo, para que só se lhe ouça a voz, e não para que o levem, contém declaração *oral* ou *escrita.*

Oral, porque o promitente pode quebrá-lo depois e só o usou como instrumento *verbal.* Se o vendesse, de modo que a todo tempo pudesse ser *lido* (a expressão é analógica), então, sim. deveríamos considerá-lo declaração *escrita* de vontade. Volta-se. assim, ao ponto de partida: impossibilidade de alteração no momento da emissão.

No que se ouve e só neste momento pode ser ouvido há declaração oral. No que se ouve e pode, quando queiramos, ouvir-se, há declaração escrita de vontade.

Na prática, o critério discriminativo vence as dificuldades

Todavia, convém que se distinga da manifestação unilateral de vontade escrita s *tricto* a manifestação unilateral de vontade por meio de aparelhos, quase sempre automáticos. São as promessas ou as

ofertas por automáticos ou outros instrumentos fabricados.

Há, ainda, as promessas jogos figuras, que se manifestam em objetos, assunto que versaremos, de espaço, ao tratarmos das promessas de recompensa. Por exemplo, as promessas de recompensa feitas em pau-de-sebo.

17.PLURALIDADE DE PROMITENTES. De ordinário, a promessa é feita por uma só pessoa: mas nada obsta a que o seja por um grupo, por uma série de pessoas, sem laços de sociedade, ou de comunhão (JOSEF

XCOHLER, *Lehrbuch, II,* 357). Dar-se-á solidariedade passiva nos termos dos arts. 904-915 do Código Civil, isto é, o executante tem o direito de exigir e receber de um ou alguns dos devedores, parcial, ou totalmente, a dívida comum, e, se um só pagar em parte, todos os demais continuarão obrigados solidariamente pelo resto. Se um dos promitentes morrer e não couber, ainda quanto a ele apenas. a condição resolutiva tácita, os herdeiros respondem pela quota que ao seu quinhão hereditário for cortes pondentes; se indivisível a obrigação, o que constitui o normal das promessas múltiplas, o mesmo não se dará.

Nas promessas de muitos será sempre possível a cláusula. nu condição, ou obrigação adicional, em que com o consentimento do atingido se agrave mais a situação de um ou de alguns. A ação proposta pelo executante do serviço para haver a recompensa de um dos promitentes não o inibe de acionar os outros; e ainda que a ação tenha sido proposta somente contra um, todos os promitentes respondem pelos juros da mora.

Aplicam-se à espécie, *mutatis mutandis,* as mais regras relativas *à* solidariedade.

Pode ocorrer, porém, que a recompensa seja múltipla, embora uma só, e se declare ou esteja implícito aquilo com que PROMESSA DE PAGAMENTO concorre cada promitente. Não haverá, então, solidariedade.

§ 3.590. Promessa unilateral de pagamento de dívida preexistente
1.PRECISÕES. Na expressão “promessa unilateral de pagamento de divida preexistente” não há redundância. Só se promete pagar supondo-se que se devia. Quem promete alguma coisa certa, ou

incerta, ou ato ou abstenção, não promete pagar. Quando tiver de prestar, prestando, paga; o pagamento é posterior à pretensão contra o devedor. Portanto, prometer pagamento é prometer à parte da dívida que existia ou que tem de existir a solução de tal dívida.

Tal promessa pode ser feita em negócio jurídico unilateral ou em negócio jurídico bilateral. Já em GATO

(Inst., III, 134) se lê: "Praeter ea litteraruin obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est si quis debere se aut daturum se scribat; ita scilicet si eo nomine stipulatio non fiat. Quod genus obligationis proprium peregrinorum est". Além disso, parece fazer-se obrigação literal com quirografários e síngrafos , isto é, quando alguém escreve que deve, ou que dará, se não faz estipulação por tal título. Tal gênero de obrigação é próprio dos peregrinos.

Se a fonte do débito é futura, como se alguém promete dar, ou fazer, ou não fazer, não se deve falar de promessa de pagamento, e GATo distinguiu (si quis debere se autem daturum se dicat). A confusão que se observa na literatura italiana é de repelir-se. Se a pretensão ainda vai surgir, ou se a própria divida ainda vai surgir, *mas já existe a fonte da divida ou da dívida e da obrigação,* pode-se cogitar de promessa de pagamento. Fora daí, não. Se ainda não ocorreu a fonte da divida ou da divida e da obrigação, a promessa é de dar, de fazer ou de não-fazer, e não promessa de pagamento.

Quem escreve "prometo pagar-te os cinco milhões de cruzeiros que te devo", implicitamente reconheceu a divida existente, porém o negócio jurídico não foi de reconhecimento, e sim promessa de pagamento. Tal manifestação de vontade pode ser bilateral ou unilateral. Toda confusão entre reconhecimento de dívida e promessa de pagamento revela pouca meditação do assunto. O elemento comum mais relevante é a *relevatio ai> onere probandi,* que nasce ao credor, sem que isso baste para se apagar a distinção entre os dois institutos. Outro elemento comum é o serem negócios jurídicos em segundo degrau: em ambos está o manifestante da vontade *vendo* (ou tendo ilusão de ver) a relação jurídica em que é sujeito passivo, ou a falta da relação jurídica em que seria sujeito passivo.

O art. 1.988 do Código Civil italiano, que tratou, na mesma regra jurídica, do reconhecimento e da promessa de pagamento, tem concorrido para analogia incabível ou confusão entre os dois institutos; mas um jurista escapou a isso, O. TÂMBURRINO *(Seritti giuridici in onore de* A. SCIALOJA, III, 600 s.).

Na promessa de pagamento de dívida futura, tem de haver reconhecimento, porque se está em segundo degrau. Não assim na promessa de prestar, unilateral ou não.

A promessa de pagamento de divida ou de dívida e de obrigação passadas, essa, de modo nenhum, se identifica com o negócio jurídico de reconhecimento de divida, ou de divida e obrigação. Ainda há quem incorra no erro.

O conteúdo da promessa de pagamento é diferente do conteúdo do negócio jurídico de reconhecimento.

Quem somente reconhece não promete "pagar": no negócio jurídico cuja relação jurídica de dívida, de obrigação, de ação ou de exceção se reconheceu, há divida (que não é promessa de pagamento, mas sim de dar, de fazer, ou de não fazer), ou obrigação de dar, de fazer ou de não-fazer, ou ação para quase dê, se faça, ou não, se faça, ou exceção para que se encubra a eficácia de algum direito, pretensão, ou ação, ou, excepcionalmente, a outra

exceção. Prometer dar não é prometer pagar. Prometer fazer não é prometer pagar. Prometer não fazer não é prometer pagar.

Nem reconhecer é prometer pagar, como não é prometer dar, fazer ou não fazer. Quem reconhece declara, porque *quis* declarar. Não *quis* executar o que devia, ou deve, e reconhece dever.

Quem reconhece nada promete. Nada põe antes *(pio-mittere)*. Póe depois.

Ainda mais grave do que confundir-se com o reconhecimento, ou, mais estritamente, com o negócio jurídico de reconhecimento a promessa de pagamento, é identificar-se, ou assimilar-se, ou encambulhar-se com a repetição ou reprodução do negócio jurídico a promessa de pagamento.

Certamente: a) a promessa de pagamento, assim a de divida já irradiada como a de dívida futura, ou a de dívida e de obrigação já irradiadas como a de dívida e de obrigação futuras, são negócios jurídicos, e o reconhecimento a que aqui nos referimos também o é; *b)* todos são oriundos de manifestações de vontade negociais, posto que unilaterais; e) ambos os negócios jurídicos unilaterais, o de reconhecimento e promessa de pagamento, interrompem a prescrição <Código Civil, art. 172, V), porque há o elemento comum de reconhecimento, que poderia não ser, sequer, negocial.

Aqui há ponto que merece atenção . Quem promete pagar, promete pagar alguma divida. Há referencia implícita *à* divida que se há de pagar, se a própria promessa de pagamento não foi explícita quanto à divida de que se tratava, ou de que se trata. Dai o elemento recognoscitivo que há, normalmente, na promessa de pagamento.

Todavia, falta Esse elemento se a promessa é de pagar o que se apurar na prestação de contas, ou de se pagar o saldo que acaso haja.

2.CONTEÚDO DA PROMESSA DE PAGAMENTO. O conteúdo da promessa de pagamento é a execução voluntária da divida, o adimplemento. O manifestante da vontade diz que *quer* adimplir e, assim, promete.

De certo modo, reforça a situação jurídica: quer, em segundo degrau, obrigar-se ao que está obrigado. ou ao que apenas devia. Há duplicidade das relações jurídicas. bem que a posterior *veja* a outra. A posterioridade pode não ser referente a dívida passada, mas à possibilidade de vir a irradiar-se da fonte de obrigação a dívida. Quem apenas reconhece a dívida, negocialmente, não se obriga a pagar; está apenas vinculado à declaração da relação jurídica.

Nem o negócio jurídico da promessa de pagar, nem o negocio jurídico de reconhecimento se confundem com a reprodução

ou repetição do negócio jurídico, que se passa na dimensão da forma. Aliás, só se reproduz ou repete o que é negócio jurídico ou ato jurídico *stricto sensu,* enquanto o reconhecimento negocio daí e a promessa de pagamento podem referir-se a relações jurídicas não provenientes de negócio jurídico (reconhecimento negocial de dívida oriunda de atos ilícitos, ou de atos fatos jurídicos lícitos ou ilícitos, ou de fatos jurídicos *stricto scnsu,* lícitos ou ilícitos; promessa de pagamento de indenizações por atos ilícitos, ou de dívida resultante de atos fatos jurídicos, lícitos ou ilícitos, ou de fatos jurídicos *stricto .„wnsu,* lícitos ou ilícitos).

3. PROMESSA DE PAGAR DÍVIDA ALHEIA. A promessa de pagamento tanto pode referir-se a dívida do promitente como a divida de terceiro. A vincularidade é a mesma; a mesma, a obrigatoriedade. No tocante à legitimação a exigir o cumprimento, que é cumprimento da obrigação de pagar, não a tem o devedor, terceiro, cuja dívida havia de ser paga pelo promitente. Todavia, a promessa de efetuar pagamento pode ser feita ao devedor, mas, aí, não se trata de promessa de pagamento, e sim de promessa de prestar pelo devedor, porquanto se promete ao

devedor dar, fazer ou não fazer, para que o devedor se libere.

§ 3.591. Promessa de pagamento de divida futura

1. FONTE DA DIVIDA E DÍVIDA. A promessa de pagamento de divida futura somente se explica, cientificamente, como promessa da dívida que se irradiará da fonte de obrigações que já existe. A promessa de pagar dívida futura tem exemplo na promessa de pagar o valor das obras que segundo o contrato, ou a lei, tem de ser prestado pelo locador *(e. q.,* Código Civil, art. 1.206), ou pelo locatário (arts. 1.206. parágrafo único, e 1.207).

A promessa de pagamento, de que é pressuposto existir, pelo menos, a fonte da dívida e da obrigação, é negócio jurídico unilateral que vincula e obriga. Pode dar-se

que o nascimento da dívida, ou da

obrigação, dependa de condição, ou de termo. Ali, é preciso que se dê o implemento da condição para que nasça a dívida; aqui, que se chegue, de ordinário, ao *dies ad quem,* para que surja a pretensão ou a ação.

O manifestante da vontade não só reconheceu, negocialmente, a dívida, ou a dívida e a obrigação; assumiu a obrigação de solver, se *nascer,* a dívida que pode nascer, ou de solver *a* dívida a que apenas falta a pretensão ou a ação. Não há, aí, reassunção da dívida, ou da dívida e da pretensão ou da ação. Não há, aí, só o reconhecimento negocial, que também não é reassunção da dívida, ou da dívida e da obrigação A promessa de dar, ou de fazer ou de não fazer, sem alusão à solução de dívida *pretérita* ou *futuramente nascida,* outra coisa é que a *promessa de pagar.* Não se pode falar de pagamento, porque não se promete adimplir. Adimplir supõe que se deva. Assim, *ex hypothesi,* não se deve.

A promessa de pagamento *de futuro* não é assunção de dívida, porque se supõe divida que ainda não se irradiou porém. que necessariamente se há de irradiar, ou pode irradiar-se. A promessa de pagar o que se vai dever, ou que venha a irradiar-se de fonte de obrigações *que já exista,* é negócio jurídico unilateral como qualquer outra promessa de pagamento. Não se pode dizer que nenhum elemento de reconhecimento haja aí, pois o crédito ainda não existe, ou ainda não existe a pretensão ou a ação. Reconhece-se que há relação jurídica, pelo menos a simples vinculação, de modo que vai surgir, ou pode

surgir o débito. Escusado seria frisar-se que em se tratando de negócio jurídico com cláusula de condição há a questão de ter havido, ou não, o implemento. Mas isso é *defeso,* na ação do credor contra o manifestante unilateral da vontade.

2.CAUSA E PROMESSA DE PAGAR. Se alguém promete pagar ou se trate do que deve, ou se trate do que vai ser devido na ordinariedade dos casos, há referencia a causa. Um dos efeitos da promessa de pagar consiste em *estar* o credor sem ônus de provar a causa *(relevatio ah onere probandi causam).* Dá-se o mesmo com o reconhecimento negocial, se causal.

„„Quid juris, se na promessa não há qualquer alusão, explícita ou implícita, à fonte da obrigação a que concerne o adimplemento prometido? ~Trata-se tal promessa como negócio jurídico abstrato, porque se reconheceu sem se inserir alusão à causa?

Temos de encarar o assunto, primeiramente, entre o promitente e o credor a que se refere a promessa de pagamento. Se houve cessão do crédito, regem os princípios. Sempre que os terceiros são protegidos pela abstração, não se pode trazer à balha a relação jurídica entre o promitente e o credor a que se destinara.

CAPITULO VII

TRASPASSO BANCÁRIO

§ 3.592. Conceito e natureza

1.CONCEITO. Mediante o *traspasso bancário,* o manifestante da vontade unilateralmente sofre que se lhe debite na conta corrente o que se credita na conta de outrem. Supõe-se, evidentemente, entre o manifestante da vontade e o banco relação jurídica que permita àquele e obrigue a Esse ao cumprimento da ordem que Esse receba, unilateralmente emitida por aquele. Mas essa relação juridica se irradiou de negócio jurídico subjacente <dificilmente, sobrejacente) entre o manifestante da vontade unilateral e o banco.

2. NATUREZA. O traspasso bancário é negócio jurídico unilateral.

Se os dois interessados no traspasso bancário, o correntista em cuja

conta se há de debitar e o correntista em cuja conta se há de creditar, comparecem ao banco para que Esse proceda à operação e manifestam as respectivas vontades, pode perfazer-se a bilateralidade do negócio jurídico *perante* o banco, ou, melhor, *diante do banco.* Porém a própria ordem de B, em cuja conta se haveria de creditar a importância, no sentido de não se atender à ordem de A, em cuja conta se teria de lançar o débito, apenas seria ato jurídico unilateral *contra* o negócio jurídico unilateral do correntista A. A solução melhor, se o regulamento do banco não prevê a espécie, é a de ser creditado a E o que A ordenou se lhe creditasse, sem se lançar na conta corrente de A situação parecer-se-ia com a de ordem de traspasso bancário na hipótese de B não ter conta aberta no banco.

Apenas se lhe credita.

§ 3.593. Ato duplo do banco

1. SIMULTANEIDADE DOS ATOS. I~a terminologia alemã, o traspasso bancário chama-se *Girozahlung;* na francesa, *mandai de virement.* Tais expressões introduzem referências que conturbam o assunto. Pode nao haver qualquer pagamento. Nem se precisa da figura do mandato. O que se passa é que o banco, em virtude de outra relação jurídica entre Me e o correntista, que ordena, credita, na conta do outro correntista (beneficiário), a soma indicada, debitando-a, simultaneamente, na conta daquele. Os atos são *materialmente* em seguimento, debita-se aqui, para se creditar ali. Mas, *conceptualmente ,* a simultaneidade é essencial. As leis e regulamentos postais podem estabelecer a permissão de tais negócios jurídicos unha laterais entre dois correntistas.

Espécie mais complicada, porém, de modo nenhum contra direito, é a do traspasso bancário entre correntistas de bancos diferentes. AI, há o elemento a mais da pluralidade de bancos, mas qualquer dificuldade é entre os dois bancos, sem que isso atinja a figura jurídica do traspasso bancário.

2.RELAÇÃO JURÍDICA SUBJACENTE (ou SOPREJAGENTE) ENTRE O DECLARANTE DA VONTADE DE TRASPASSO BANCÁRIO E O BANCO. A relação jurídica entre o declarante unilateral de vontade e o banco resulta da conta corrente, eu de abertura de crédito, ou de outro negócio jurídico, que permita ao declarante ordenar o traspasso bancário. A relação jurídica é, como todas as relações jurídicas e como todas as relações do mundo, bilateral: há dois pólos. Porém o negócio

jurídico do. traspasso bancário, Esse, é somente ligado ao declarante unilateral, pois o banco apenas cumpre a ordem que se lhe deu.

Supõe-se, no declarante, poder de exigir o cumprimento, ou, pelo menos, situação tal que o banco espontaneamente entenda que deve cumprir. De regra, a ordem só é eficaz dentro da soma disponível existente na conta corrente.

Os correntistas dispõem do que lhes está creditado ou com ordens de pagamento, normalmente concretas ou causais, ou com transmissões cartulares *(e. g.,* cheques), ou com ordens de traspasso bancário, em que a causalidade é nenhuma. O banco, aqui, credita, sem qualquer verificação de causa. Cumpre ordem.

Se o correntista pode dispor a descoberto, ou em virtude de abertura de crédito, a situação é a mesma. O ato de disposição que o correntista pratica é como qualquer outro ato de disposição, não se confundindo com o cheque, porque, no tocante a Esse, há a incorporação no título, a cartulação , e cessa a revogabilidade desde que se deu a emissão. A declaração unilateral de vontade, que constitui o traspasso bancário, pode ser revogada até o último momento em que se vai creditar. Creditada a quantia, não mais pode ser revogada.

3.RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE O BANCO E O BENEFICIÁRIO. Não importa o que existia, juridicamente, entre o banco e o beneficiário do traspasso bancário.

A relação jurídica, no tocante ao traspasso bancário, irradia-se do *ato de credita ção.* O banco, creditando, assumiu a dívida, simultaneamente ao ato de debitação na conta do declarante unilateral de vontade.

Também Esse ato do banco é negócio jurídico unilateral, pois assumiu divida sem que manifestasse vontade o correntista em cuja conta lançou o crédito. Aqui, convém que consideremos o caso de não existir, materialmente, a simultaneidade. Por exemplo: os empregados do banco creditaram na conta de B e não debitaram na conta de A. O erro é facilmente emendável, pelo lançamento do débito na conta de A. Mas pode ocorrer que, no meio tempo, A haja sacado o que constava da sua conta, inclusive o une correspondia à quantia creditada a B. A falta do banco e A, por sua vez, sacou sem provisão. Isso de modo nenhum abrange a esfera jurídica de fl, porque na conta de E foi lançado, irrevogavelmente, o que lhe tocava, em virtude de ordem de A, que o banco cumpriu.

Quanto ao banco, a creditação aumentou a disponibilidade de E.

Se o correntista tem razões para impugnar o que o declarante unilateral de vontade ordenou que se creditasse na conta daquele, isso nada tem com o negócio jurídico unilateral do traspasso bancário: prende-se a negócio jurídico subjacente (ou sobrejacente) entre o correntista que ordenou o traspasso bancário e o beneficiado.

Também em relação *ao* banco não importam essas razoes.

O traspasso bancário é negócio jurídico unilateral e abstrato. A causa, a que o declarante unilateral de vontade ou o beneficiário possa aludir, há de ser a do negócio jurídico subjacente *(e. g.,* A comprara a O o automóvel e ordenou ao banco, B, que depositasse na conta corrente de O a importância), ou sobrejacente *(e.*

g., A ordenou o traspasso bancário para poder encarregar C de adquirir algum bem, para A, ou, gratuita ou onerosamente, para o próprio O). Não importa qualquer alusão que na ordem ao banco, ou na comunicação a O, se faça ao negócio jurídico causal.

4. RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE DECLARANTE UNILATERAL DE VONTADE, NO TRASPASSO

BANCÁRIO, E BENEFICIÁRIO. Primeiramente, se existia ou vai existir alguma relação jurídica entre o correntista disponente e o correntista beneficiário, tal relação jurídica é subjacente ou sobrejacente. O

traspasso bancário é unilateral e abstrato. Não se prende à causa de qualquer negócio jurídico entre o declarante unilateral de vontade e o beneficiário. A causa pode vir à tona quando discutirem corrent ista disponente e correntista beneficiário, mas isso à semelhança do que ocorre em se tratando de obrigados cambiários que estiverem em contacto, isto é, se o negócio jurídico subjacente ou sobrejacente pode ser invocado.

O banco cumpriu o que lhe ordenara o declarante unilateral de vontade, sem que a ordem se possa considerar unilateral. A unilateralidade é só em relação ao beneficiário. A ordem, essa, é bilateral, dirige-se ao banco. O

que é unilateral é o traspasso bancário, que tanto independe do que exista entre disponente e correntista em cuja conta se credita como entre banco e ordenante da creditação.

A creditação, o lançamento contábil, não é negócio jurídico , nem é ato-fato jurídico como o pagamento, é assunção de dívida pelo banco. Os juristas que fazem depender de *aceitação* o lançamento, Esses, bilateralizam a assunção de dívida Mesmo se aludem a *aceitação tácita,* que aceitação é. Se o correntista em cuja conta se lançou o crédito recusa o crédito, o seu ato não é de não-aceitação, é divestitivo, é ato de disposição, é renúncia; portanto-, negócio jurídico unilateral. Se ele, com isso, deixou de aceitar alguma oferta, ou se, com isso, recusa pagamento, tal atitude sua só diz respeito a negócio jurídico subjacente ou sobrejacente.

O banco creditou, em cumprimento da ordem que recebeu. O que ele pode fazer é anotar na conta corrente que o correntista *não quer* dispor da quantia lançada, que renunciou ao poder de dispor. Então, o correntista que ordenou o traspasso bancário pode ordenar que a reinsira em sua conta. Substituira a si o outro correntista substitui-se, agora, aquele, que renunciou aos direitos oriundos da assunção de dívida pelo banco.

Tudo se passa no plano da disponibilidade das quantias. O banco não pode apropriar-se do que sem resultado fora creditado ao correntista beneficiário, que renunciou ao poder de dispor, porque somente creditara por ordem do outro correntista.

Com a creditação, o beneficiário adquirira direito sobre o quanto que se lançara a seu crédito. Qualquer atitude sua, que importe sair do seu patrimônio, o que nele entrara, ou é para que não prevaleça a creditação e aí a sua declaração de vontade é de traspasso bancário ao que dera a ordem (outro negócio jurídico unilateral), ou, se ainda é tempo, de ordem de suspensão da creditação pelo banco.

CAPITULO VIII

PROMESSA AO PÚBLICO

§ 3.594. Conceito e natureza

1.PRECISÕES. Conforme antes dissemos, o destinatário da promessa unilateral tanto pode ser pessoa determinada como pode ser pessoa indeterminada mas determinável *(unus ex publico).* Há promessa ao público quando alguém promete, publicamente , prestação, inclusive pagamento, a quem se ache em determinada situação ou pratique determinado ato. Pode-se prometer pagamento, publicamente , a quem é credor do promitente, ou de terceiro. Por exemplo: “Sabendo que o meu motorista causou dano a carro de alguém, que estacionou na rua

prometo pagar, no dia 20, ao dono do carro o dano sofrido por Esse, conforme a avaliação que se faça”. Aí,

~,a promessa é *pública,* sem ser ao público? De modo nenhum. A promessa é ao público, como qualquer outra, pois em todas a ignorância é do promitente. Se o promitente sabe quem é o dono do carro e publica a promessa, com o nome dEsse, para que Esse se apresente, a promessa de pagamento é unilateral, sem ser ao público. A publicidade apenas atende às circunstâncias. O que se disse Sobre as promessas de pagamento também se há de entender a respeito das promessas de dar, de fazer ou de não fazer. Se A publicou nos jornais que “promete x a quem é pai de dezoito filhos”, tem de cumpri-lo. Tal promessa é ao público, sem ser promessa de pagamento, ou de recompensa. O fato de ter dezoito filhos (ou mais) apenas funciona como elemento para a legitimação ativa. Feitas essas considerações, temos de cogitar do assunto preciso, que é o das promessas ao público, inconfundíveis com as promessas de recompensa, porque não só as promessas de recompensa, nem todas as promessas de recompensa são

promessas ao público.

2.PROMESSA AO PUBLICO E OFERTA AO PÚBLICO. A *oferta ao público* dirige se a Vaus *ex publico,* como as *promessas ao público;* porém a oferta ao público ainda quando irrevogável depende da bilateralização, que se opera com a aceitação. A promessa ao público, negócio jurídico unilateral, é perfeita em si mesma. Uma vez que se lançou conclui-se o negócio jurídico. A unilateralidade é suficiente, e so a revogação, se cabe, poderia retirar-lhe *o* ser. Não se passa o mesmo com a oferta ao público. Quem faz oferta de venda, a *oblatio* de compra-e-venda, pelos jornais, como se A quer vender o sítio na serra e oferece por a-milhões, somente pode esperar que alguém venha comprá-lo, isto é, que se lhe aceite a oblação. A oferta ao público é oferta como qualquer outra. Apenas se publica o que se *quer* para que alguém *aceite* e o contrato então se conclua. A oferta é negócio jurídico inicial e dependente do negócio jurídico da aceitação: os dois compõem o contrato. Assim sempre pensamos, e vemos que a mesma opinião teve, depois, C. A.

FUNALOLI *(Studi senesi,* 1943, 390 s.). A incompletitude não basta para retirar a natureza do ato jurídico.

Os negócios jurídicos bilaterais são soldamentos de dois negócios jurídicos, que se conceberam como sendo o primeiro dependente do segundo. Tal dependência quase se torna fusão se feitas simultaneamente as duas manifestações de vontade. Aliás, a simultaneidade é só aparente, porque a aceitação conceptual e logicamente se segue a oblação.

Nas casas comerciais, hoje muito se pratica, como plano de propaganda, o anúncio de “presente” ou

“prêmio” de algum objeto, ou de determinado objeto, a quem compre a-, ou determinada mercadoria. Ali, a medida é o dinheiro; aqui, o objeto ou os objetos comprados. Ou (a) se entende que no preço está incluído o valor do presente ou prêmio, de jeito que se trata de simples cláusula do negócio jurídico de compra-e-venda, ou se entende que há promessa ao público. A promessa ao

público caracteriza-se se há a cláusula “a quem mais comprar na semana”, “a quem mais comprar no mês”, “a quem trouxer mais fregueses”. Na ordinariedade dos casos, o presente ou prêmio está compreendido no que se compra.

Diante dos casos que a vida prática apresenta, o que primeiro importa

é verificar-se se há promessa de recompensa, ou se o "presente", ou "prêmio", ou "regalo" está compreendido no preço.

§ 3.595. Pressupostos da promessa ao público

1. PRÉVIO EXAME. A promessa ao público só exige, para que se conclua, a *promessa* e a *publicidade.* Os requisitos de *existência* e de *validade* são os requisitos comuns às promessas. A *eficácia,* de ordinário, começa com a publicidade.

2. PROMESSA. A manifestação de vontade tem de ser de dar, de fazer ou de não fazer, ou de solver. Não há somente promessas de dação, de ato ou de abstenção que possam ser ao público. As promessas de pagamento também o podem ser. Tem-se, então, a figura jurídica da *promessa, ao público, de pagamento.*

8.PUBLICIDADE. As promessas ao público somente se tornam perfeitas com a publicidade. De regra, com a publicidade inicia-se a eficácia (perfeição e eficácia simultâneas). Se o promitente diz, por exemplo, que a sua promessa só o vinculará no décimo dia de publicação, tem-se de considerar perfeito o ato com a décima publicação. *Aliter,* se pôs a cláusula de se tornar irrevogável com a décima publicação, porque aí a publicidade só se refere à eficácia.

A publicidade há de ser para o circulo de pessoas a que a promessa se dirige. Publica-se a promessa, não como ato de forma, mas sim como pressuposto necessário, uma vez que, *ex hypothesi,* a promessa é ao público. O que se quis foi a promessa dirigida ao público.

Mas a publicidade nem sempre é exigida por se tratar de promessa a *unus ex publico.* Pode-se prometer a E, ou a E e diretamente, sem que haja qualquer incerteza quanto à pessoa, e ocorrer que seja preciso, ou, até, que se prefira a forma de divulgação, de manifestação pública. As circunstâncias podem tornar imprópria tal forma, como se promitente em outro negócio jurídico, ou por lei, ficou obrigado às promessas diretas. Por vezes, há interesse em que a promessa se dirija a alguém, pessoalmente.

A publicidade tem a função de tornar conhecida pelos interessados a manifestação de vontade. As promessas unilaterais são, em geral, *recebidas.* Quem lê ou ouve o que se publica recebe. Porém o que mais importa, se há publicidade, é que a publicidade contenha

possibilidade e probabilidade de recepção, permitindo que os interessados se apresentem.

Aqui, surge a divergência entre os que entendem que a publicidade é apenas *pressuposto de eficácia* e os que a têm como *pressuposto de existência.* Uma vez que se concebeu o negócio jurídico como de promessa ao público, escolheu-se tipo que tem os seus pressupostos, e um deles é a direção ao público, porque entre as pessoas que recebem a promessa está o *unus ex publico.* Se a publicidade foi apenas forma que se adotou, podendo-se adotar outra, a interpretação provavelmente acertada é a de se ter apenas adotado a publicação como meio para que a pessoa receba.

A promessa ao público, essa, necessariamente promessa a pessoa incerta, exige a publicidade como pressuposto de existência. Se a promessa ao público não foi publicada, *não existe.* (Inadmissível dizer-se que é nula e se lhe aplicam os princípios concernentes às nulidades, como fez GIUSEPPE BRANCA, DelIe Promesse unilaterali, *Com mentario dei Codice Civile de* A. SCIALoJÃ e G. BRANCA, Livro Quarto, 388).

A manifestação de vontade antes da publicidade não entra no mundo jurídico. A publicidade não é determinada pela recepticiedade; resulta, aí, como pressuposto, da escolha do negócio jurídico unilateral (promessa ao público). A *vox* é retirável, mas, apenas porque ainda não se perfez o negócio jurídico unilateral, a revogação também não é revogação, negócio jurídico constitutivo negativo: só ocorre no mundo fático, porque só no mundo fático estava a *vox.* Tem-se de distinguir da *revogação fática* a *revogação jurídica:* aquela se dá se a manifestação de vontade "revogada" ainda não entrou no mundo jurídico.

Revogação, negócio jurídico, essa, sim, só após a perfeição do negócio jurídico unilateral, ou bilateral, é de admitir-se.

A promessa a pessoa determinada existe desde o momento em que se instrumenta, se faz. Não há o requisito da publicidade, de modo que a promessa a *persona certa,* de que não se sabe o endereço , ou a respeito da qual não se têm informes completos que a identifiquem, se perfaz antes da publicidade. Ai, a publicação atende à necessidade de eficácia, uma vez que se trata de promessa receptícia.

§ 3.596. Publicidade e circulo social

1.ESPAÇO EM QUE SE ESPALHA A PROMESSA. Para a fixação do

conceito de publicidade não é desautorizado recorrer-se às noções formuladas no direito criminal (ROBERT VON MAYR, *Die Auslobung,* 17), que trabalha com tais conceitos e naturalmente procedeu a análises úteis e fecundas. Pouco importa o meio ou processo de publicação cartaz, anúncios de jornal, avisos orais (O. STOBBE-H. LEHMANN, *Handbuch des deutschen Privatrechts,* II, 8.~ ed., 178).

A possibilidade de ser observada pelo público é que importa à promessa; não é de mister que tenha sido realmente notada por muitos a declaração. Levantou-se a questão de saber se a promessa feita dentro de sociedade, grêmio ou clube, devia ser tida por verdadeira promessa de recompensa. Seria fácil afirmar-se ou negar-se, porém valeria por simples opinião o que disséssemos . t isso justamente o que devemos evitar.

Houve quem procurasse a espécie, o fim e a organização da sociedade, para aquilatar da publicidade no interior dela. A qualidade comum, ou o elemento capaz de determinar o número de pessoas, pode, e ninguém, de certo, o negará, coincidir com o conceito de componente, porém não coincide sempre com a qualidade de membro: sociedade de letras, ou de artes, ou de ciência. pode *publicar* dentro dos seus salões o seu edital, ainda que se dirija a todo o Brasil, e a outras pessoas, que não sejam os seus membros. A publicação muita vez corresponde, extensivamente. à massa dos que podem concorrer (destinatários>. Mas seria exagero e mau julgamento postular-se a necessidade de serem equivalentes: o mesmo jornal pode promover concurso geral e concurso entre os seus leitores, ou, mais caracterizadamente, entre os seus assinantes. E não só: pode abri-lo somente para as crianças até dez anos, ou apenas para os alunos de determinado colégio.

A promessa de recompensa não fica sujeita às discriminações existentes por força de direito público (Estados, Estados- membros ou Províncias, Municípios, corpos de funcionários. institutos de ensino oficial, Academias oficiais), ou de direito privado (sociedades, fundações, clubes, grupos).

2.CONCLUSÕES. Quem dá as dimensões do *circulo* é o promitente e pode secionar , pelas idades, pelas qualidades (cor , tamanho, defeitos, virtudes, estado civil ou caracteres excepcionais das pessoas), ou por outros dados individuais, que lhe aprouVerem, os círculos *juridicamente existentes* ou apenas *fáticos* .

Exemplo:

1.Seção da Nação, do Estado-membro ou do Município:

a)aos negros dos Estados Unidos da América; b) aos filhos de Alemães nascidos no Brasil; c) aos Franceses Ou Ingleses que foram heróis da guerra européia, aos Brasileiros que participaram do movimento revolucionário de São Paulo. ou que lutaram a favor do Governo; d) aos munícipes de Uberaba que tiverem mais de cinqüenta anos; e) aos cidadãos paulistas que descendem de imigrantes italianos ou aos cidadãos santistas cujos ascendentes tomaram parte nos movimentos da independência; f) aos cegos do Rio de Janeiro; g) aos surdos-mudos do Brasil.

II. Seção de institutos, sociedades, fundações, etc.: a) aos membros - bacteriologistas da Academia Nacional de Medicina; b) aos alunos do Colégio Pedro II que tenham alcançado no ano anterior aprovações com distinção; c) aos internados no asilo São Luís, que sejam coxos; d) aos engenheiros que tenham construído, pelo menos, cem quilômetros de estradas de ferro; e) aos membros de algum instituto de biologia, que também o sejam de Manguinhos.

Ter se pois, que é a vontade do promitente que cria o círculo acidental. Não recebia Pedro Lessa as cédulas de presença na Academia Brasileira de Letras. Após o seu falecimento, reuniram-se as quantias recusadas e constituiu-se o prêmio único Pedro Lessa, de 1924, para estudos filosóficos ou sociais. A promessa, feita pela Academia, dirigiu-se a todos os Brasileiros. homens e mulheres, de qualquer idade, cor ou tendência mas poderia ter sido diferentemente, e bastaria, por exemplo, que se excluíssem os que já houvessem obtido prêmios acadêmicos para que não concordasse o que o ganhou. A vontade do promitente é que faz o circulo, quer se ajuste aos existentes, quer os cinda, altere ou Marque .

Finalmente, a Promessa de recompensa pode ser: *escrita.* ou *oral,* ou *por meio de aparelhos,* ou *real.*

8.POSSIBILIDADE DE ATINGIMENTO. A intrapessoalidade, no direito, não significa insulamento, unicidade, unilateralismo; porque, sociologicamente , o *hoino* não é um *ego,* nem um *alter,* mas refragã0 de um e outro, o *socius.* O promitente dirige-se ao público, o que não é menos, é mais do que se dirigir a determinada pessoa. A intrapessoalidade é só aparente (cf. VICENZO MICELI, *Principio de Filosofia de Direito,* 152). A unilateralidade é só da manifestação de vontade.

Onde quer que se lance ato humano, é preciso, para que afete as relações , que atinja o *alter,* sem o que seria inconcebível a *sociabilidade,* pressuposto necessário à *juridicidade* de qualquer fato. N0 alcançar o *alter,* individualmente (títulos ao portador), ou fielmente (promessa de recompensa), o ato produz o fato jurídico porque toca o corpo social (tenha-se em mente o titulo ao Portador, o crime, etc.). Na pessoa, a força social Particulariza-se; no *sócios,* a força social generaliza-se *(e. g.,* promessa de recompensa, mercadorias expostas com preço fixo) : ali, o contato efetua-se de indivíduo a indivíduo; aqui, em massa, de chofer. A sociedade compõe-se de indivíduos, e o ato que ligue um a outro, ou toque a outrem, constitui matéria social: a ligação, o tocar, pode concernir ao todo, ao *socius,* diretamente, ou indiretamente, pelo atingir o *alter.*

Intrapessoalidade não se POderia conceber como negação de bilateralidade: intrapessoais, em tal sentido, são-no também outros fatos sociais, cuja atuação imediata é interna e cujo aparecimento concreto desvia os expertos da verdadeira inquirição psicológica (cultos, praxes, hábitos, usanças, vestes). Muitos fatos que reputamos dados sociológicos não são mais do que correspondentes *externos,* resíduos exterioridades secundárias de funções. Cumpre não „nos abismarmos em sábio psicologismo; não nos esqueça nunca que é

“preciso procurar a substância social nos indivíduos e em sua vida espiritual, pois não temos fundamento para supor qualquer outra substância ou alma social” (TH. KISTIAKOWSKI, *Gesellsrhaft und Einzelwesen, 444),* a não ser o espírito social simultaneamente interior e envolvente dos espíritos individuais, constituinte e constituído, anterior, atual e posterior aos psiquismos particulares.

§ 3.597. Momento em que há de ser capaz o promitente

1.POSIÇÃO NO PROBLEMA. O momento em que se tem de verificar a capacidade de se obrigar por declaração unilateral de vontade por isso mesmo que há duas fases, uma que corre da publicação até o ato recompensável ou outro fato, e outra, que vai do ato recompensável, ou outro fato, em diante, e a primeira fase se pode subdividir é questão que se não resolve de pronto.

Afastemos, de antemão, para reduzir o assunto, a hipótese de ser aquele momento *em que o autor do ato* recompensável ou beneficiável, individualmente, *conhece da promessa.* Para que assim fosse , mister seria que houvesse obrigação entre o promitente e ele, *antes do*

adimplemento, ou da *realização do serviço,* ou do que quer que seja elemento de flagrante. Essa relação, nem a há, nem a idéia de existir deve ser trazida à matéria estudada, sob pena de gravemente complicar o problema, pela intromissão de conceitos inverificáveis. Existe dever, a que corresponde direito à prática, se não há revogabilidade, ou não sobrevém revogação a tempo.

Duas soluções restam: *a)* a que fixaria o momento naquele *em que a promessa se publica; b)* a que o poria naquele *em que o declarante assinou,* ou (se desnecessária a assinatura) o em que ele *escreveu a promessa de recompensa* ou *a fêz* em forma *real.* Em exemplos concretos: se A escreve e envia ao jornal, a promessa vale e é eficaz, ainda que, ao se publicar, esteja incapaz (segunda solução) ; se A escreveu e ficou incapaz, a publicação posterior não tem eficácia (primeira solução). Corolàriamente : se A a escreveu em forma definitiva, e guardou-a; e outrem, que não ele, ou o seu procurador, representante ou intermediário, lhe dá publicidade, a promessa não teria qualquer eficácia, conforme a primeira solução, coerentemente; tê-la-ia toda, consoante a segunda. salvo, está visto, a defesa contra o beneficiado de má fé.

Outra questão que surge é a da data. a Qual se deve ter em conta? z,A do jornal ou a da declaração?

2.EXAME DAS ESPÉCIES. O que há de comum entre a promessa de recompensa e os títulos ao portador é o mesmo fato da unilateralidade da manifestação de vontade. Ora, vimos que à ordem jurídica só interessa a manifestação de vontade quando passa do *ego* ao *alter,* ponto inicial de série eventual-mente enorme, que constitui o conceito do *sócios.* Mas há entre os títulos ao portador e, por exemplo, a promessa unilateral de recompensa diferença específica: naqueles, o negócio jurídico é como *qualquer,* mas o titulo, por.si, já é, potencialmente, manifestação exteriorizada de vontade, a sua publicação está, nele mesmo, em seu teor (daí a proteção aos portadores de boa fé).

 Na promessa unilateral de recompensa e noutras promessas unilaterais, outra coisa ocorre: o contacto é com o *público,* com o próprio *sócios ,* em sua concepção *abstrata,* diremos, até, kantiana, em sua feição numérica

: a recepção por *um,* ainda que Esse venha a ser o beneficiado, não basta; o que se quer é a recepção, ainda potencial, por todos, pelo *sócios* . Tal diferença influi, forçosamente, no critério de apreciação da

capacidade do manifestante da vontade, e desatende a casos especialíssimos, que se permeiam .

Tem-se, portanto:

a)O momento da emissão do título ao portador é o momento em que se dá concretamente o contacto com público:

o primeiro portador é *unus ex publico* e o contacto com ele *publica;* o momento da *publicação* da promessa ao público, que

-não seja em titulo ao portador, antecede a qualquer contacto concreto.

b)Nos títulos ao portador, quem primeiro o toma abre a série do público. Nas outras promessas ao público, a série a .que se chama *pub1ico* antecede a qualquer recebedor, ou a qualquer beneficiado.

8.EXAME DAS SOLUÇÕES PROPOSTAS. A primeira solução foi seguida, com muita tortuosidade de linguagem, e muito de indeciso e de nebuloso, por R. SALEILLES. Contra ela militam razões de peso. Se E

promete duzentos mil cruzeiros a quem descobrir o esconderijo de alguém que roubou o cálice da Igreja.

escreve a promessa e entrega à irmandade, implicitamente, *por fatos,* como diziam os juristas romanos, ordena que publique. Por isso mesmo que deu conhecimento do seu ato à congregação , *perfeito* ficou ele. Na verdade aí estão intimamente ligados policitação e donativo, e a revogação daquela *não mais deve ser possível,* ainda que, no momento de se publicar a promessa, E não mais o pudesse fazer por incapacidade. A promessa constitui, então, mera execução de donativo. Obrigou-se E como se obrigaria se subscrevesse a lista de festa de caridade, ou de organização de sociedade. A data, pois, na espécie, é *a data do seu escrito.*

Nem sempre é a do escrito. Basta, para que tal se dê, faltar terceiro interessado, diretamente, na execução do abcinétido . Qualquer *alter* figura então como parte real, econômica dos *sócios ,* que é o número. Assim, perfeição pode independer da recepção por parte do *alter,* porque quem quer que faça o serviço ou satisfaça o que se promete, ainda que não seja pelo interesse da promessa, tem ação para haver a recompensa, como pode independer da data que tenha sido a

publicação feita. Trata-se, primeiro que tudo, de verificação *objetiva:* a publicação do jornal, revista, anúncio, catálogo, reclamo. Se não a tem, incumbe aos interessados a prova, que, por se tratar de matéria estritamente de fato, é qualquer prova de direito.

O executante não tem de fixar nenhum fato pessoal a ele. Desinteressa à promessa de recompensa qualquer indagação subjetiva. Não se lhe podem exigir informações dessa natureza: que data tinha o jornal em que leu; a que horas leu a promessa; quando resolveu legitimar-se. O executante tem pretensão nata desde que satisfaz, sem que se lhe exija o ter lido, ou o ter querido executar. A sua situação jurídica subjetiva, dá lha a lei, como direito nascido do *fato,* e não *da sua vontade.* Foi por isso que ERNST ZITELMANN separou, aí, as declarações de vontade em *dependentes* e *independentes* de recepção: *in personam* e *in vem.* A promessa de recompensa cai no ambiente jurídico, sem que ninguém, individualmente, tenha de recebê-la. O que se impõe é a exteriorização pública: a onipresença social supre tudo, porque a tudo fecunda. O que importa é que *possa ser recebida,* não que *tenha sido recebida.*

4 SOLUÇÕES CIENTíFICAS. Se o declarante era incapaz no momento de escrever a promessa e o era, ainda, quando se publicou~ a publicação nada opera, por serem de ordem pública as regras jurídicas de incapacidade. Nem a boa fé, nos títulos ao portador, tem o efeito de as elidir. Mas se, escrita a promessa pelo incapaz, é, cessada a incapacidade, por ele publicada espontaneamente não há dúvida quanto a ver-se em tal declaração negócio jurídico válido. É que o próprio promitente, por ato *seu,* se *obrigou.* Deu vida a ato morto; e o agente pode sempre dar lha, *por ato seu.* Não se trata de *ratificação,* mas de recomposição da situação jurídica, insuflamento de vitalidade, algo de efeito restaurativo. Os atos nulos são irratificáveis ; não são insuscetíveis de novo conteúdo volitivo, para não dizermos de outros atos que aproveitem o escrito. Na espécie, não se trata de ato nulo, nem de ato anulável. Sim, de ato que, iniciado ao tempo da incapacidade, se *perfez* quando já era capaz o agente. A publicação por outrem, sem a vontade do promitente, essa seria insuficiente para a composição do negócio jurídico de promessa ao público.

A data é a da publicação, se o veículo a tem. Assim ocorre na maioria dos casos, porque os mais vulgares veículos de anúncios públicos são jornais, revistas, anuários, rádios e televisões. A do jornal ou das revistas tem-se no cabeçalho; a dos anuários, que se fazem para utilização no ano seguinte, como em almanaques, é a de 1.0 de janeiro; e *sê-lo-á,* ainda que por motivos imprevistos ou simplesmente

excepcionais a publicação se retarde de dias ou meses. Se o veículo não tem data, nem se declara nele para “vigorar desde tal dia, ou mês, ou ano”, a fixação tem de fazer-se como questão de fato, que em verdade é. Nas promessas ao público postas em anúncios de pregar, folhinha, frascos, pacotes, nos próprios objetos vendidos (mediante dizeres em relevo

) ordinariamente não se determina a data em que se fizeram. Às partes cabem a alegação e a prova do que disserem, e todos os meios probatórios se admitem.

Quando o órgão contém a data, presume-se verdadeira, até que se prove o contrário. Quem era capaz ao tempo indicado por ela, obriga-se, exceto se fica provada antedata ou pós-data, com que se simulou capacidade. Se a data é falsa e incapaz era o promitente, a incapacidade constitui defesa contra qualquer executante. Se era capaz o promitente, então se obriga ao *unus ex publico,* mas pode opor exceção àquele que tiver dado causa, de má fé, à publicação, isto é, à perfeição da promessa.

Cumpre que não se confunda o momento da vincularidade da promessa com o da pretensão ou o da ação nata ao executante. O *contacto com o público* é requisito para a aplicação do direito objetivo. RAYMOND

SALETILES *(De la Declaratiou de volonté,* 7) insistia na indefensável conciliação entre declaração unilateral e relação direta. Mas o destinatário indeterminado pode vir a ter ação quando e posto que ignore a promessa.

os herdeiros podem exigir a paga da recompensa, se o *de cuins* morreu sem conhecer a promessa ao público!

Uma coisa é *contacto com o público,* e outra, o *interEsse de pessoa que tenha executado, ou vá executar* o *serviço ou ato recompensável.* A obrigatoriedade pode iniciar-se, antes e sem que o recompensando saiba, ou tenha sequer notícia vaga da promessa. É ponto que nos merecerá maiores vagares, quando tratarmos da promessa de recompensa.

§ 8.598. Morte do promitente

1. POSIÇÃO DO PROBLEMA. A questão da validade *ex persona*

complica-se deveras, se imaginarmos a morte do promitente *antes* da publicação. Tratamos do promitente civil, porque as casas comerciais como que sobrevivem aos donos, se continuam o negócio após a morte. Psicologicamente . só se exige às declarações unilaterais de vontade o que nelas há de expressão; a passagem a outrem, certo ou incerto, indivíduo ou ambiência social, aparece como requisito sociológico à aplicação e intervenção da lei, O

promitente morto após a publicação, em princípio, não só se vinculou e se obriga, como respondem, nas forcas do patrimônio, os herdeiros, pois que foi vinculativa a promessa, desde que se perfez com a publicidade. Se separarmos a *redação* e a *publicidade,* anuvia-se o assunto; e tem-se de esmiuçar os dados técnicos.

2. MODOS DE PUBLICAÇÃO. Três modos há de prometer e publicar:

a) *Redigir* e *remeter,* para que se insira no jornal, na revista, ou no que for, sem indicação pública do nome do promitente. Aí, o órgão é um locador de serviços e mandatário. É válida a promessa, se o promitente vem a cair em incapacidade, ou se morre antes da efetiva publicidade, não tendo havido tempo de a impedir ou de contra-avisar o público. O jornal, a revista, ou outro veículo, *não sabia* da morte; cabe, na hipótese, a analogia interpretativa: são válidos, a respeito dos contraentes de boa fé, os atos com Esses ajustados em nome do mandante pelo mandatário, enquanto Esse ignorar a morte daquele, . ou a extinção, por qualquer outra causa, do mandato (Código Civil, art. 1.821). Não se dá o mesmo se houve menção do nome do promitente, nem ocorre circunstância de sentido que se possa pensar em mandato; então, o jornal ou periódico é simples órgão, e nada mais. A retratabilidade material do envio decide da perfeição.

b) *Redigir* e *guardar.* O promitente guardou a promessa. Se outrem a retira e lhe dá publicidade, em circunstâncias que não posam iludir o público, não é vinculativa, pois que o promitente morreu; sê-lo-á, se há fundamento *para se crer na vontade do promitente de que nascesse a pretensão ainda mesmo após a sua morte.*

Há promessas para efeitos *post mortem,* em testamentos e codicilos; e essas escapam a qualquer idéia de perfeição dependente de publicidade em vida: à declaração unilateral de vontade basta a publicação do ato. A habilitação do executante fica dependente da abertura e cumpra-se do ato de última vontade.

c) *Redigir* e *entregar a outrem.* Aqui, há publicidade e vinculação à

pessoa em cujo proveito reverte, realmente, o ato da promessa. Há mais do que mandato; há *poder pleno,* algo que lembra a procuração em causa própria. Ao intermediário fica a faculdade de publicar, em qualquer tempo, se não fixa prazo à publicação, a promessa do benfeitor. Exemplo:

B declara à Associação dos Empregados do Comércio, por escrito, prometer z mil cruzeiros a quem pintar o retrato do atual presidente, para o qual a Associação pretendia abrir subscrição entre os sócios. Não se trata de negócio jurídico subordinado à vida do promitente, a seu interesse, por ser misto o negócio jurídico.

Contraiu obrigação, diretamente; autorizou a abertura de concurso, cujo prêmio é a sua dádiva. A Associação recebe aquilo como serviço a ela, obra de benemerência, liberalidade só revogável conforme os princípios gerais que regem as doações. O *interEsse da* publicação tudo esclarece. Evidencia-se o contrato com ela, cujo objeto foi o negocio jurídico unilateral.

Se a promessa se publicou em vida, e morre, depois, o promitente, <„não se altera a situação? A vinculação já existia. A morte não atua como elemento inibilizante. Pode operar como condição resolutiva tácita, *e.* g., se foram prometidos cem mil cruzeiros a quem descobrisse instrumento necessário à profissão do declarante, desde que dos termos da promessa se tire que desejava desfrutar ele mesmo os proventos e não teve em vista o bem público, o culto das artes e o amor do progresso. Os herdeiros, por outro lado, nem sempre têm o poder de revogar as promessas sem prazo: o juiz deve atender à natureza, à presumida vontade do promitente, que não é elemento suscetível de se desprezar. Nas de prazo determinado, se o promitente (se vivo fora) não poderia revogá-la, com mais fortes razões não o podem os herdeiros. O que é mister é não se confundirem as *condições resolutivas,* tácitas ou expressas, com as *revogações.*

Os herdeiros não podem, como dissemos, revogar a própria promessa de prazo indeterminado, salvo se há elemento interpretativo em favor disso. No fato de tal irrevogabilidade está a diferença entre os que vêem na promessa de recompensa declaração unilateral vinculativa (quer abstraiam, como H. SIEGEL e os mais, da *lei;* quer, a nosso modo, a apontem como imprescindível elemento de sociologia jurídica), e os que crêem estabelecer-se relação *direta* entre o promitente e o futuro adimplente, isto é, declaração subordinada à *aceitação.* Pouco importa que tenha morrido, ou se tenha tornado incapaz o promitente. A incapacidade dele só se pode apreciar no momento da vincularidade, que é o da perfeição. O que é preciso, é

que a sua promessa não tenha sido revogada, se o podia ser. Ora, a morte e a perda da capacidade, salvos os casos de condição resolutiva tácita, têm justamente o efeito de a fazer irrevogável (RENÉ WORMs, *De la Volcnté unilateral e,* 177 a.. que aliás não atendeu às exceções que aqui apontamos).

Antes referimos que as promessas podem ser feitas em testamento. É a sua primeira fase. O juiz do testamento que lhes dê a segunda, que é a da *publicidade.* Como, porém, tais promessas, morto o promitente, são irrevogáveis , qualquer interessado pode pedir o prêmio desde a abertura e até, de acordo com o Código Civil, art. 1.756, requerer que o juiz mande ao detentor do testamento que o leve ao cumpra-se e ao registro.

A incerteza da pessoa em cujo favor se dispôs testamentariamente constitui causa de nulidade (Código Civil, art. 1.667) porém a regra jurídica não incide se a identidade se pode averiguar, se o testador comete a terceiro a determinação, e, ainda mais, se em favor do *unus ex publico,* porque então não se dá incerteza, e sim indeterminação inicial subordinada a necessária ã determinação, essencial à promessa ao público. Não há texto do Código Civil que se possa interpretar como vedativo da promessa unilateral em testamento.

Em codicilo, a promessa fica sujeita aos estreitos limites das regras legais (Código Civil, arts. 1.651-1.655) : a pobres de certo lugar; ou consistir o prêmio em móveis, roupas, jóias, não mui valiosas, do uso pessoal do promitente.

§ 3. *599.* Pressuposto da licitude do prometido e do que é causa da doação 1. LICITUDE E VALIDADE. A validade do ato jurídico supõe objeto lícito. O direito não é a moral, mas é a *realização,* pela regra social e individual, dos *fatores de existência da sociedade.* A variedade do material com que se cobre o esqueleto de ferro do edifício, nas grandes cidades, e do rudimentar e enripado de nossos sertões, dá-nos a ilusão de que não há ferro ou madeira sob aqueles emparedados suntuosos ou rústicos.

Também o direito positivo nos provoca o mesmo engano de ótica. Sob o emaranhado, há algo de co-eterno e co-essencial ao Homem. A regra jurídica evolve, transforma-se, atenua-se, exagera-se, desaparece e ressuscita; mas alguma coisa existe que *é,* em todos os tempos.

A norma imoral pode conseguir aplicação, mas fere os interesses vitais da sociedade, e a reação far-se-á.

Apenas, na sociedade como nos indivíduos, os reflexos nem sempre vêm à periferia; ficam, em potência, acantonados. Uns seguem os outros; avolumam-se; dominam; alimentam idéia fixa, incentivam tendências, enublam, alucinam. . . Eis as crises sociais, as revoluções, as grandes guerras depuradoras e profundas, ou que humilham e envilecem. Nem toda excitação por injustiça, por arbitrariedade, ou por abuso da lei positiva, provoca, no corpo social, aquela reação imediata dos olhos a que se aproxima uma luz forte e cujas pálpebras a súbitas se fecham. Nada se perde na ambiência social. Tudo se soma alhures no que algures se diminuiu.

Em se tratando de promessas ao público, a questão É: licitude é tanto mais melindrosa quanto, na prática, podem servir de veículo a muita influência daninha, a muitos negócios torpes sob color de remunerações de serviços, prêmios a dedicações e heroísmos . São encontradiços nos jornais os anúncios, em que mal se percebem, sob o vago ou o simulado dos termos, a intenção maléfica, ou o incentivo às vezes criminoso.

2. SANÇÃO DA NULIDADE. Nulas são as promessas cujo objeto é ilícito. Chama-se, aí, objeto o que o *unus ex publico* tem direito a exigir do promitente, quer se trate de fato positivo, quer de fato negativo, e o próprio ato, positivo ou negativo, recompensável, ou premiável . Objeto, nas promessas, entende-se não só o que *deve prestar* o promitente, como aquilo que se galardoa. Assim, se A promete ferir a terceiro como recompensa aos serviços, que alguém (naturalmente, interessado na ofensa) lhe preste, a promessa é nula; e não o seria menos se, em vez de prometer o ilícito, A quisesse obrigar-se, por algo licito (dinheiro, valor), para que outrem prestasse o ilícito, *e.* g., um milhão a quem fizesse o cavalo Antiscius perder a corrida. Seria dar paga por dano a alguém; portanto, por ato imoral. Ora, as raias em que se extremam o direito e o não direito, se não coincidem com as do moral e as do não-moral, nem são tão diversas e independentes que elidam a exigência do imoral, nem tão auto determinadas que prescindissem do influxo dos demais processos sociais (o econômico o moral). Ninguém vai a juízo cobrar cigarro que o mendigo apanhou, quando caíra, ao correr do automóvel. Ninguém pensa em revogar, por ingratidão, doações de fósforos, cálices de bebidas, fatos obsequiais, em que o diminuto econômico apaga a juridicidade. Nada há incondicionado, no mundo social, como físico; todos os fatos têm em si muito de outros, presentes ou atuais: e o processo jurídico, mais do que todos, porque o seu conteúdo não escapa à esfera de outro, ou de muitos (econômico, moral, parental).

No próprio conceito da licitude e da ilicitude muito há de social, integralmente social: “o critério da licitude e ilicitude das ações humanas é justamente”, escreveu um filósofo do direito (ALEsSANDRO LEvI, *La*

.*Société et l*‟*Ordre juridique,* 16), “a apreciação do valor *social* dessas ações, isto é. os limites, que as ações humanas encontram na convivência humana

A conseqüência da nulidade do negócio jurídico entabolado e concluído pela promessa de recompensa é que se rode ruía -mar contra a ilicitude.

3. ILICITUDE E IMORALIDADE. O ilícito , é mais vasto do que o imoral; porque o direito também se impõe limites que não coincidem, nem são os da moral. Assim, o que se promete tem de *não ser:* proibido por disposição expressa de lei; nocivo à ordem pública; intenso à seriedade da vida jurídica; imoraL Exemplos: nula é a promessa em que se pretende recompensar ou premiar o *unus ex publico* com coisa fora de comércio, ou litigiosa, com herança de pessoa viva, como a do promitente ou de alguém cujo herdeiro tenha de ser.

Licito deve ser também o ato ou omissão que o *units ex publico* preste. E por isso se eivam de invalidade as promessas ao público em que se peça aos pais, ou a um deles, o sacrifício de um filho, ou desamparálo, ou maltratá-lo, ou a alguém, o esbofetear ou ferir a terceiro. Escusado parece advertir-se que os atos *não são ilícitos em si.* É a sociedade que os faz. O assassínio, que constitui, precisamente, fato ilícito, não suscetível de constituir objeto da prestação ou de contraprestação, começa de não o ser, desde que se declare guerra e a promessa verse Sobre a extinção de chefe inimigo, ou de algum valoroso militar pertencente a hostes adversárias. Momentaneamente embora, a lei empresta *licitude* ao ato; e válido é o negócio jurídico, que o tenha por objeto. Empresta, dissemos, porque, embora o assassínio não seja imoral em si, é *em si* anti-social (conceito ainda mais largo que o de imoral e ilícito). E pelo ser, a sua permissibilidade é *passageira,* necessariamente *extinguível,* desde que se exclua a regra geral em que a sua licitude é eventualmente possível. Expliquemo-lo, porque o assunto é novo e tem aplicações atuais da mais alta significação: o Estado A, monárquico ou republicano, permite a guerra, bem que limite os casos em que caiba o esforço bélico; após as hostilidades, criada fica a situação de guerra, com todas as suas conseqüências jurídicas; durante a vigência dos ataques, faz-se

promessa de um milhão de cruzeiros a quem destruir o aeroplano *b,* ou conseguir acertar com tiro o peito do guerreiro C. Estabelecida a paz, O *71127(5 ex publico* tem direito adquirido ao prêmio. Mas, se o Estado quer reconstituir-se, para que não haja mais guerras, e proclama-se socialista, com intuito de infamar os combates, o *7112713 ex publico* não pode mais pedir a recompensa, e aí, não porque se instaurou ordem nova, mas porque se apagaram ao ato as aparências que lhe deram a licitude. tle se mostra, agora, tal qual é: *anti-social.* A continuidade da ordem jurídica no tempo é a maior garantia da segurança pública; mas, se é certo que aos direitos adquiridos não os atinge a lei nova, certo é, por igual, que à lei só será dado encobrir a anti-socialidade de um fato enquanto vigore. Lembre-nos a escravatura e a sua abolição, dentro do mesmo sistema político, o *imperial.* Não foi o fato da reconstituição política, que, no recompor desde o cerne o corpo nacional, permitiu a retroatividade, o efeito *ex tune,* mas o ser a escravatura fato de si mesmo passageiro e, como tudo o que há de desaparecer, facilmente extinguível sem que deixe traços.

Anti-social, viveu o instituto enquanto alento lhe dera a lei que o permitia. O mesmo dir-se-ia das outras opressões , ou encobrimentos de direitos já extintos, como a *servidão da gleba,* o *colonato adscritício* e o *colonato voluntário* (primeiros séculos da Reconquista, e nos séculos XII e seguintes, em Portugal), e com as *calúnias,* a *matéria,* as usas, o *ins primae noetis,* o infame direito de *pernada* (em Espanha), os serviços pessoais chamados *geiras,* as *lutuosas* e hospedagem do senhorio, a *manas,* o *mundium,* o direito lusitano de castigar e prender a mulher (Ordenações Filipinas, L. V, Título 36, § 1). Modernamente, porém não no Brasil, o não poderem votar as mulheres, a diferença nos conceitos de adultério (não mais no Brasil) e outras opressões e deploráveis injustiças, aos homens e às mulheres, às classes e aos povos, que ainda hoje são injustiças revoltantes.

4.RECLAMO E PILHÉRIA. A promessa de recompensa com o fim exclusivo de reclamo chama-se impura ou pseudopromessa de recompensa. Foi a SÇHÚTzE (Die Auslobung, *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts,* V, 49 s.) que se deveu o primeiro estudo do conceito dela e a afirmação de que não era obrigatória por lhe faltar o requisito da seriedade. O exemplo de F. HOFMANN *(Die Entstehungsgriiflde der Obligationen,* 88 s.) promessa de dinheiro, feita pelo dono da livraria, a quem descobrir erro de revisão em certa obra confirmado por A. ELSTER (Pie Lehre von der Auslobung nach gemeinem Recht und BGB., *Archiv 111v Biirgerliches Recht.s,* 18, 188), ROBERT voN MÀn *(Die Auslobnng,* 25) e ALBERT WIT‟rI-IAUER

(Auslobung und Wette, 9), bastaria para mostrar quanto é perigoso dizer-se que a intenção do reclamo não pode conciliar-se com a sociedade da promessa. Com elementar prudência, que é sempre aconselhável a juristas, como dos mais imediatos deveres de cientistas, não se coadunaria tal critério, que seduziu a outros escritores, mais propensos a soluções absolutas. Na análise das relações fica ao juiz a missão, que não poderiam usurpar os legisladores, porque lhes seria impossível prover, com acerto , a todas as espécies eventuais de promessa de recompensa com intuito de reclamo. É nas circunstâncias (CARI CROME, s *ystem,* 525) que se acha a melhor lição. Essa é a única solução verdadeira, e outra coisa não é que a remissão do investigador ao que constitui o método de pesquisa científica: a análise das relações.

CAPITULO IX

PROMESSAS AO PÚBLICO E APOSTAS UNILATERAIS

§ 3.600. Promessa ao público e jogo ou aposta

1.PRECISÕES. se á talvez que a promessa, em que não há proveito para o promitente, mas desvantagem, menos é promessa do que aposta. Não há dúvida; porém não vamos à conseqüência extrema de admitir a *aposta pública* como promessa de recompensa ou concurso. Entre os dois institutos e a aposta há diferença específica, que se deve pôr em relevo . Se a declaração de vontade é desafio, *e tão somente isso,* temos a aposta; mas, se é ato de promessa de recompensa ou de concurso, há promessa ao público, e não aposta. O

proprietário de cavalos pede instituir prêmio ao vencedor, e ele mesmo fornecer alguns animais, que disputem o prêmio; ainda que, psicologicamente , o seu ato de prometer fosse uma provocação, não se lhe descobre outro, sócio-juridicamente, que o de recompensar ao que vencer a corrida, ainda que vença aos seus cavalos, e a si mesmo traga sérios prejuízos.

Se o proprietário de cavalos provocasse os donos de outros, que com os seus concorressem, e todos fizessem a parada, teríamos a *comunhão de prêmio,* e não a aposta. Não há aposta em que um só pague, nem há aposta em que *todos* prestem antes. O próprio exemplo, que nos dá H. DERNRURO 1.000 marcos a quem exibir mercadoria melhor do que a minha não e aposta. Se usado como reclamo, obriga, nem sempre

como promessa de recompensa (que muitas vezes é), mas, e caracteristicamente, como obrigação assumida pelo produtor, industrial, fabricante, com a venda ou exibição de seus produtos.

Se o industrial teve por fito recompensar ou gratificar o progressivo esforço de outrem, ~quem há de negar à declaração unilateral de vontade caráter de promessa de recompensa?

O ato, e ai a diferença entre o nosso pensar e o de Ti. DERNBURC, pode não ser *útil* ao promitente, nem a terceiro. Exemplo: anuncio que darei um milhão de cruzeiros ao que saltar da ponte A. Nem a comunidade, nem terceiro indivíduo, nem eu mesmo lucramos com isso; eu quis, prometi, vinculei-me.

Quando o processo para determinar o *unus ex publico* for só o jogo, ou, melhormente dito, o sorteio, a promessa perde o seu caráter próprio e passa a reger-se diferentemente. Se apresenta a feição de venda a prestações, com remissões por sorte, tem-se de atender às regras jurídicas regulamentares dos chamados clubes de mercadorias, de bens móveis ou imóveis. de jóias em particular. Se consistir em prêmios, por meio de ações numeradas, criadas como reclamo e negócios acessórios, pelos teatros, cinemas, bares, casas de diversões, empresas de anúncios ou de publicidade, ou quaisquer outros estabelecimentos comerciais, que não estiverem subordinados à Inspetoria de Seguros, força é prévia autorização do Governo, e competentes para a conceder são autoridades federais. As circunstâncias e formas de requerer são as de lei especial.

2.NOÇÃO DE DISPUTA, CONCURSO E APOSTA. A disputa da recompensa constitui, de si só, conjunto de situações assaz merecedoras de análise, não somente pela importância que têm, em relação ao promitente, como devido à situação variável e, por assim dizer, a comodante criada pelos comparecentes entre si.

Comunhão, sucessividade, colisão de direitos, indivisibilidade da recompensa, prévia declaração de unidade de prêmio, etc., são circunstâncias que enriquecem de novos aspectos o problema construtivo (legislativo e interpretativo) da promessa de recompensa, ao mesmo tempo que o rodeiam de incontestáveis dificuldades.

A disputa é com o promitente, por parte de um, dois ou mais, sem que se estabeleça concurso. *Não há o elemento da concorrência.* Se há, o instituto é outro.

3.JOGOS E NEGÓCIOS INCLUSOS NOUTROS NEGÓCIOS JURÍDICOS. Constitui jogo de azar, passível de repressão penal,

loteria de qualquer espécie não autorizada ou ratificada, expressamente, pelo Governo federal (Decreto-lei n.

6.259, de 10 de fevereiro de 1954, art. 40). Seja qual for a sua denominação e processo de sorteio adotado, considera-se *loteria* toda operação, jogo ou aposta para a obtenção de prêmio em dinheiro, ou em bens de outra natureza, mediante colocação de bilhetes, listas, cupões, vales, papéis, manuscritos, sinais, símbolos, ou qualquer outro meio de distribuição dos números e designação dos jogadores ou apostadores (Decreto-lei n. 6.259, art. 40, parágrafo único). Não se compreende nas regras jurídicas do art. 40 e seu parágrafo único: *a)* os sorteios realizados para simples resgate de ações ou debêntures , desde que não haja qualquer bonificação;- *b)* a venda de imóveis ou de artigos de comércio, mediante sorteio, na forma do respectivo regulamento, sendo defeso converter em dinheiro os prêmios sorteados, ou concedê-los em proporção que desvirtue a operação de compra-é-venda; *c)* os sorteios de apólices da dívida pública da União, dos Estados e dos Municípios, autorizados pelo Governo Federal; *d)* os sorteios de apólices realizados pelas companhias de seguro de vida, que operam pelo sistema de prêmios fixos atuariais , desde que os respectivos regulamentos o permitam; *e)* os sorteios das sociedades de capitalização, feitos exclusivamente para amortização do capital garantido; /9 os sorteios bi anuais autorizados pelos Decretos-leis n. 338, de 16 de março de 1938, e n. 2.870, de 13 de dezembro de 1940 (arE 41). Para os sorteios de mercadorias e imóveis não se permite a emissão de bilhetes, cupões, ou vales, ao portador, e devem constar do livro apropriado os nomes de todos os prestamistas, com indicação dos pagamentos feitos e por fazer (art. 41, parágrafo único).

No art. 43 do Decreto-lei n. 6.259 diz-se: “A título de propaganda poderão os estabelecimentos comerciais, quando autorizados por carta-patente, distribuir brindes aos seus clientes, mediante coleção de bilhetes, vales ou cupões sorteáveis, desde que as respectivas cautelas sejam gratuitas e os prêmios de pequeno valor”.

O Decreto-lei n. 6.259 só se refere a *sorteios.* Sorteios próprios, ou sorteios anexos a loterias. Os torneios e outros quaisquer pleitos ginásticos ou desportivos utilizados pelas empresas como meios de distribuir os seus prêmios ou brindes não estão incluídos. Nem se poderia ver, aí, derrogação ao Código Civil. O que ele visou foi a promessa em cartão ou cupões, de natureza comercial e civil, em que haja sorteio. Devemos evitar a interpretação que leve a absurdo.

Desporto, justa, ginástica e outros concursos não são sorteios. Podem, todavia, ser processos de *sortear* cartões ou fichas, porém não foi isso vale dizer: o desporto, o torneio, a luta o que procurou submeter à prévia autorização o Decreto-lei n. 6.259, art. 43. Se A promete dez mil cruzeiros ao vencedor da corrida de 2.500 metros, no *Jockey Club,* o seu ato fica subordinado aos arta. 1.512-1.517 do Código Civil. Mas, se vende bilhetes com os nomes ou números dos cavalos ou montadores, com promessa de pagar mil cruzeiros, ou cem cruzeiros, ao portador do cartão correspondente ao que vencer, institui prêmio por sorteio, e para isso precisa de autorização. O Decreto-lei n. 6.259 abrange o título sorteado e a venda à prestação, quando exista a cláusula liberativa por sorteio.

Os institutos não se confundem, nem na doutrina, nem na prática.

4. PROMESSA E APOSTA. A semelhança de traços gerais entre a promessa ao público e a aposta dirigida a muitos é notável . Basta pensar-se no prêmio a quem vencer a luta romana, ou quem mostrar desvantagem de nova máquina, cuja propaganda se faz (FRANz NEUMEISTER, *Der Unterschied von AiaIobung und Wette,* 1). No entanto, é assaz importante a diferença, porque, com isso, pode dar-se a *inacionabilidade* do negócio jurídico, a legitimidade ou não, ou irradiação de obrigação somente natural (PAU?., OERTMANN, *Das Recht der Sehuld.verhtiltnisse,* 2.~ ed., 6 e 824). Boa verificação teremos na só comparação dos arts. 1.512, 1.516 e 1.477 do Código Civil.

É célebre o processo Hoensbroech Dasbach, que prometeu importante soma a quem mostrasse que a frase “O

fim justifica os meios (Der Zweck heiligt die Mittel) se encontra nos escritos dos jesuítas. Somente as circunstâncias, as relações, poderiam dizer de que se tratava: se de promessa de recompensa, se de aposta. Há desafio na aposta; mas seria fácil tomar por sinal e critério Esse dado subjetivo? Ao passo que a lei assegura a promessa de recompensa, veda, embaraça e proíbe a aposta (cf. ALBERT WIVFHAUER, *Auslobung und Wette,* 1 s.).

Pretendeu-se ver na promessa ao público declaração unilateral e, na aposta, promessa recíproca (gegenseitiges Verspreehen) ; mas esqueceu a tais escritores (FRANZ NEUMEISTER, *fie Unterschied von Auslobung und Wette,* 2) que a aposta pode estar contida em declaração ao público, na vulgar figura do desafio publicado ou proclamado, e então falharia o elemento distintivo.

Tomou FRANZ NEUMEISTER para exemplo a ação Dashech *vertia* Hoensbroech, em que se discutiram as questões capitais, que constituíam objeto de seu livro Sobre distinção entre a promessa de recompensa e a aposta.

Em Congresso católico, declarou o réu Dasbach: "Diz-se e escreve-se, ainda hoje, que os jesuítas ensinavam o princípio "„o fim santifica o meio", bem que o jesuíta Roh, há anos, tenha prometido 1.000 florins a quem pudesse mostrar tal passagem nos escritos dos jesuítas. Eu elevei a soma a 2.000 florins e de novo o faço hoje, mas seguramente de novo em vão. A respeito da ação proposta, cf. *Arohiv flir das Zivil- und Kriininalrecht,* 101, 193 s.; ICARL HEINSHEIMER (Zum Begriff "Auslobung", *Deutsche Juristen-Zeitung,* IX, 623), W. CITa. FRANCKE (Wette, Schenkungsversprechen, Werkvertrag und Auslobung, *Ânnalen des Deutschen Reichs,* 37, 553 s.), WINCKLER (Der Fali Hoensbroech contra Dasbach, *Das Recht,* VIII, 355 s.) e HAMM (Zum Prozess Hoensbroeéh contra Uasbach, *Deutsche* Juristew.Zeitung, 10, 393 s.).

O autor da ação, conde Hoensbroech, dirigiu ao réu uma carta em que dizia: "Agora tomo-vos eu pela palavra dada na reUnião pública, enquanto me empenharei em fazer a prova".

Depois de discussão, o conde Hoensbroech pensou ter provado e propôs a ação para haver a recompensa prometida de 2.000 florins. Na primeira instância decidiu-se que somente há promessa de recompensa quando se provoca o convite para fazer alguma coisa; na espécie, não tinha havido a *invitatio,* e sim elemento de contrato de aposta mais exatamente, de unilateral contrato de aposta *(einzeitiger Wettvertrag)*.

O autor insistiu em que o motivo não era patrimonial, mas científico, e que a primeira instância errava em considerar a

Aposta o negócio referido. No entanto, parecia claro, tratava-se de promessa (le recompensa no sentido do §

657 do Código Civil alemão.

O réu confessou não ter feito a declaração de vontade por mania retórica, nem com intuito meramente lucrativo, mas sim com a séria vontade de se obrigar. Para ele, tratava-se da promessa de recompensa no sentido do § 601 do Código Civil alemão e, como não se fixara o prazo, a ação era improcedente. As duas regras jurídicas alemãs correspondem aos arts. 1.512 e 1.516 do Código Civil brasileiro.

A segunda instância recusou provimento *ã* apelação os fundamentos

que se seguem: a) é desacertada a interpretação que considera fora do conceito da promessa de retoques segundo o Código Civil alemão os casos em que o promitente só tem interesse em que não se faça; b) não se podia duvide da seriedade da declaração de vontade do réu, seguindo ele próprio assegurara; e) daí se tira que há promessa de recompensa ao sentido do Código Civil alemão, § 657.

Ficou de lado a possibilidade da aposta. seria a chamada „meia aposta" *(halbe Wctte)* ? ~Seria oferta de aposta *(Wettofferte)* a pessoa incerta. A justiça afastou as duas espécies: mera oferta e oferta de apostar.

Decidiu que era promessa de recompensa no sentido do § 657, e não no sentido do § 661. Apenas, não havia o autor feito a prova, que se exigia; daí ser improcedente a ação, que intentara.

Da análise do processo extraiu FRANZ NEUMEISTER *(fie Unterschied von Auslobung und Wette,* 5) as seguintes perguntas:

a) ,.Há aposta chamada "unilateral", ou "meia" aposta. e pode ser feita por meio de pública divulgação?

b) Como no caso de resposta afirmativa distinguir-se da aposta "unilateral", por meio de proclamação ao público, a promessa de recompensa?

Ainda turvou mais o assunto a figura das meias apostas *"ti* apostas unilaterais.

5. PROMESSA AO PÚBLICO E „MEIAS APOSTAS". A meia~aposta é instituto assaz vulgar entre nós, porém nunca estudado pelos nossos escritores. Dele tratamos em 1927. <a) Negaram a existência de *apostas tmn0atcrais* ou *meias~apostas: E.* WINDSCHEID *(Lehrbuch,* JJ, 9Y cd., 854 s., 861 s.), E.IItEGELSEERCER *(Civilrcehtliehe Erdrterungen,* 207), A. ExNER (Zt~r Thcorie der Auslobung, *Kritisehe Viertchahisschrift,* ~í, 339), A. \V. OEBTEL *(Dh" [chie* on *dor* A"slobung, 54), *3.* MATTIIIASS

(Lchrbueh, 1, 664), VON BRAUMÚLLER *(Die AusIobung naeh dem 8GB.,* 70 s.), DIE"rrncl? *(Die Austobun.q,* 107 5.), KARIL BARTELT *(fie Auslobung naeh dem BaR.,* 41), II.MENGEL *(Spfr1 ?fnd Wette,* 26 e 29), P. OERTMANN *(Das Recht der Sehuldrerh?iltnisse,* 2.a ed., 684), WINcZKLER (Der FalI Hoensbroech contra Dasbach, *Das Reeht,* VIII, 355 s.), KARL HEINSHEIMER

(Zum Begriff "Auslobung", *Deutsche Juristen-Zeitang,* IX, 633 s.) e W. CHE. FRANcKE <Wette, Schenkungsversprechen, Werkvertrag und Auslobung, *A nnaden des Deutschen Rejeita,* 37, 553).

(b)Além de H. DERNEURO, reconheceram existir a aposta unilateral: R. vON JHERTNC *(Culpa in contraitendo* oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Vertrãgen, *Jaitrôlicher fúr die Dogmatilc,* IV, 100), A. ELSTER (tTber den Begriff und die systematische Stellung der Spielverträge, *Arehiv fiir Biirgerliches Reeht,* 26. 35), WILHEIM BECKER *(fie Auslobung nach dem 8GB.,* 29s.), G. HTRScHFELD *(tYber Wettrennen um? Rennwetten,* 2 e 7), HAMM (Zum Prozess Hoensbroech contra Dasbach, *Deutache Juristen-Zeitung,* X, 893>, KARL ROBER *(J.* ix *Staudingers Kommentar,* II, 2.~

ed.,

688>,A. ENGELMANN *(Das Biirgerliche Reeht,* □

4 a ed., 292), JosEE KOHLER (Auslobung und Wette,

Archir fúr Biirgerliches Recht, 25, 3; *Lehrbuch,* 1, 549, e II, 809 s.). Na jurisprudência, a decisão do Oberlandesgericht de Hamburgo (cf. *BlÉitter flir Rechtspflege in Thih*"*ingen u. Anhalt,* IX, 165 s., e 19, 283

s.). A JosEr KOHLER devem-se considerações de altíssimo valor.

(c)Admitida a meia aposta, restaria saber-se quais as regras jurídicas que a regeriam. As da aposta, respondiam E.HOFMANN *(Die Entateitungagrúnde der Obligationen,* 41 s.), O.STOBBE *(Handbueh des deutschen Privatrechts,* ~ 8.~ ed., 428) e HAMM (Zum Prozess Hoensbroech contra Dasbach, *De-utache Juristen-Zeitung,* X, 393). J.C. BLUNTSCHLI *(Deutaches Privatrecht,* g□a ed., 356, nota la) entendia que se tratava de doações condicionais aposta o negócio referido. No entanto, parecia claro, tratava-se de promessa de recompensa no sentido do § 657 do Código Civil alemão.

O réu confessou não ter feito a declaração de vontade por mania retórica, nem com intuito meramente lucrativo, mas sim com a séria vontade de se obrigar. Para ele, tratava-se da promessa de recompensa no sentido do § 601 do Código Civil alemão e, como não se fixara o prazo, a ação era improcedente. As duas regras jurídicas alemãs correspondem aos arts. 1.512 e 1.516 do Código Civil brasileiro.

A segunda instância recusou provimento (" em os fundamentos que se seguem: a) é desacertada a interpretação que considera fora do conceito da promessa de recompensa segundo o Código Civil alemão

os casos em que o promitente só tem interesse em que não se faça; lfl não se podia duvide da seriedade da declaração de vontade do réu, segunda ele *próprio* assegurara; e) daí se tira que há promessa de recompensa no sentido do Código Civil alemão, § 657.

Ficou de lado a possibilidade da aposta. seria a chamada "meia aposta" *(halbe Wctte) ?* ~Seria oferta de aposta *(Wettofferte)* a pessoa incerta? A .justiça afastou as duas espécies: mera oferta e oferta de apostar.

Decidiu que era promessa de recompensa no sentido do § 657, e não no sentido do § 661. Apenas, não havia o autor feito a prova, que se exigia; daí ser improcedente a ação, que intentara.

Da análise do processo extraiu FRANZ NEUMEISTER *(fie Untersohied von Auslobung ind Wette,* 5) as seguintes perguntas:

a),~,Há aposta chamada "unilateral", ou "meia" aposta. e pode ser feita por meio de pública divulgação?

b) Como no caso de resposta afirmativa distinguir-se da aposta "unilateral", por meio de proclamação ao público, a promessa de recompensa?

Ainda turvou mais o assunto a figura das meias apostas *Aí* apostas unilaterais.

5.PROMESSA AO PÚBLICO E "MEIAS APOSTAS". A meia aposta é instituto assaz vulgar entre nós, porém nunca estudado pelos nossos escritores. Dele tratamos em 1927.

(a)chegaram a existência de *apostas únicas* ou *metas-apostas: ~*. WINDSCHEID *(Lehrbuch, ~* 9Y cd., 854

s., 861 s.),

F.REGELS~ERGER *(Cirilrcehtliche Erórterungen,* 207), A. ExNER *(Zur* thcorie der Auslobung, *ifritisebe VierteUalnsschrift,* . VI. OERTEL *(D 1. chrr ~on cor Asslobung,* 54). 3. MATTiUÀSS *(L&hrbuch,* 1, 664), VON BRAUMÚLLER *(Die Auslobung rac"h dem 8GB.,* 70 s.), DIETRICH *(fie Auslobung,* 107 s.), KARL

BARTELI *(fie Auslobung nach dem BGR.,* 41),

n.MENC.Er~ *(Spirl und Wette,* 26 e 29>, P. OERTMANN *(Das Recht*

der Schvldrerhaltnisse, 2.a ed., 684), WINCKLER (Der Fali Hoens~broech contra Dasbach, *Das Reeht,* VIII, 355 s.), IKARL HEINSHEIMER

(Zum Begriff "Auslobung", *Deutsche J~~j5tefl~ZÉ4tUflY,* IX, 633 s.) e W. CHE. FRANCKE (Wette, ~

Werkvertrag und Auslobung, *Annalen des Deutsc hen Rejeita,* 37, 553).

(b)Além de H. DERNBURC, reconheceram existir a aposta unilaterali R. vON JHEMNC *(Culpa in contraitendo* oder Schadener~atZ bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, *Jahrbiúrher flir die Dogmatik,* IV, 100), A. ELSTER (Uber deu Begriff und die systematische Stellung der Spielvertr~.ge, *,Arúhit fúr Ejirgerliches Recht,* 26. 35), WILHELM BECXER <9w *Ausiobung nach dem 8GB.,* 29s.), G. HTRSCHFELD <*tiber Wettreflflefl und Rennwette"n,* 2 e 7), HAMM (Zum Prozess izioensbroech contra Dasbach, *Deutsche Juristen-Zeitung, X,* 393), ~4ARL ROBER *(J. v. Staudingers Kommentar,* j~, □

2 a ed., 688), A. ~NCELMANN (Das *Búrgerliche Recht, 4.*~ ed., 292), JosEF KO0LER

(Auslobung und Wette, *Archir fúr Biirgerliches Recht,* 25, 3; *Lehrbueh,* 1, 549, e II, 309 s.). Na jurisprudência, a decisão do Oberlandesgericht de Hamburgo (cf. *B?dtter fúr RechtspflCtle in Thhiringen u.*

Anhalt, IX, 165 s., e 19, 283 si. A JOSEF Ç(oHLER devem-se considerações de altíssimo valor. (e> Admitida a meia aposta, restaria saber-se quais as regras jurídicas que a regeriam. As da aposta, respondiam F.HoEMÃNN *(Die Entstehvngsgriinde der Obligationen,* 41s4, O.STOBB~3 *(Handbueh des dentschen Privatrechts,* ~ ~ ed., 428) e I-IAMM (Zum Prozess Hoensbroech contra Dasbach, *De-utache Juristen-Zeitung,* X, 393). J.C. BLUNTSCHIT <*Deutsches Privatrecht,* □

3 a ed., 356, nota la) entendia que se

tratava de doações condicionais.

W. CuR. FRÃNCKE (Wette, Schenkungsversprechen, Werk vertrag und Auslobung, *Annalen des Deutschen Reich,* 87, 554) aplicava as regras jurídicas da promessa de doação.

A unilateralidade ressalta desde que não se cogita de aceitação. Praticado o ato, é obrigado a prestar quem unilateral-mente apostou. Quem unilateralmente aposta em verdade se desfalca para o caso de

errar. Há algo de auto penalidade pelo erro, ao que, aliás, aludia W. CHR. FRANCKE. (Pode parecer que o a de "apostar" repele que se aluda a unilateralidade. A disputa, tendo de ser com alguém isto é, entre declarante da vontade e a *incerta persona* e, por conseguinte, em duo, pré-excluiria a concepção de negócio jurídico unilateral.

Primeiro, apostar também significa pôr-se a postos, preparar-se, o que de si só mostra que se pode abstrair de quem quer que seja. Segundo, o que se passa na aposta unilateral é o mesmo que ocorre a respeito das promessas ao público em geral. O vínculo começa com a publicidade. A obrigatoriedade, com o ato que se punha em dúvida, razão por que unilateralmente se apostou.)

A unilateralidade da aposta nos casos que outros escritores denominam meia aposta é um fato, e a explicação científica é segura: conforme a teoria científica, que é dada pela análise das relações, *do outro lado* está a sociedade, que a respeita, econômica, moral e, posto que de modo menos intenso, juridicamente.

Basta pensar-se na irrepetibilidade segundo o Código Civil, art. 1.477, 2Y parte, *verbis* "mas não se pode recobrar a quantia, que voluntariamente se pagou, salvo se foi ganha por dolo, ou se o pendente é menor, ou interdito". Aliás, a idéia de *metade,* de *unilateralidade,* na aposta unilateral ou meia aposta *(einseitige Wette, halbe Wette),* tem sido censurada, e mais ainda deve ser exprobrada depois que provamos (e insistiremos oportunamente) o valor de mera aparência, que têm os fenômenos unilaterais no mundo social, que é, por definição, feito de *relações.*

A *unilateralidade* é apenas da fonte da dívida, da manifestação de vontade.

É tão delicada a questão das distinções entre promessa de recompensa aposta e doação, que um dos autores que a versou inseriu na última página do livro a figura geométrica de um cubo, para mostrar que: se fixamos os olhos no vértice do ângulo *a,* Esse é o que está perto de nós, e os do outro quadrilátero são o lado oposto do cubo; se fitarmos os trilhos no ponto *b,* são as linhas do outro quadrilátero que passam a ser o lado *inferior.*

Nos mosaicos quadriculados de duas cores dá-se a mesma situação e, a despeito da aparência, nenhuma das visões é real, porque em verdade só *existe* uma superfície (cf. F. FRANZ NEUMEISTER, *fie Unterschied von Auslobung und Wette,* 68).

Não era sem interesse a observação: contratualistas e unilateralistas insistem, perseveram e capricham no afirmar a *verdade* da sua visão; no entanto fitam os olhos em vértices, como o observador da figura geométrica. Fogem à relatividade, quebram aquelas cadeias de resignação, que constitui para o sábio o método indutivo, e em vez de analisarem, de induzirem opinam, e daí a sofistaria , a rabulice, o desfibrinar minudente e cansativo de fios de cabelo. As últimas palavras são do próprio autor citado, que a propósito usou expressivo termo alemão *(Tlaarspalterei)*.

§ 3.601. Promessa de recompensa e aposta ao público

1. INTERESSE CIENTÍFICO E PRÁTICO NA DISTINÇÃO. Na diferença entre a promessa de recompensa e a aposta, naturalmente são interessadas, ainda quando somente para expressão, as três principais construções daquele primeiro instituto: contrato *eni generis,* oferta de contrato (contrato de doação com caráter remuneratório, contrato de obra, ou inominado) e negócio jurídico unilateral. Mas, em vez de esclarecerem, as distinções acomodadas às várias teorias, turvam o assunto, pela preocupação de levar por diante, vitoriosamente, o critério adotado.

A apreciação subjetiva, de que é exemplo a pesquisa da intenção do declarante, encontra sério desmentido na possibilidade de se chamar promessa de recompensa ao negócio jurídico e, realmente, se tratar de aposta, ou de se falar de aposta e ser, todavia, promessa de recompensa. No direito brasileiro, também acontece isso, e freqüentemente, com o usufruto e o fideicomisso; e não há negar que devemos, então, procurar conhecer menos o que *pretendeu* o testador do que o que realmente era *conteúdo* da sua intenção: em vez de indagação *subjetiva,* dá-se, como a corrigir a vontade pouco esclarecida, ou, pelo menos, não servida pela técnica, a indagação *objetiva.*

2. DIREITO INTERESPACIAL E DIREITO INTERTEMPORAL. A questão dogmática da natureza relacional da promessa de recompensa é assaz importante, na prática, para os efeitos de aplicação internacional do direito e bem assim da colisão das normas jurídicas, *no tempo* e *no espaço* (KARL

BARTELT, *fie Auslobung nach dem BGB.,* 41). Se o juiz, em vez de se ater a textos, analisa as relações, diminui a significação, bem como o distúrbio que provocam os conflitos de leis: há antinomias

intelectuais, e não entre realidades.

No direito intertemporal, duas podem ser as situações:

1)a promessa de recompensa faz-se vinculativa, *ex vi legis,* posto que, no direito anterior, nada se estatuísse, e então pode dar-se que o promitente pretenda revogar a promessa quando vigente a nova lei, ou que exija a recompensa o *unus ex publico,* que executou o ato recompensável; II) a lei nova exclui o valor das promessas ao público. No primeiro caso, há duas questões, correspondentes às duas hipóteses: *a)* revogação em tempo de vincularidade (lei nova), posto que feita a promessa em período de duvidosa, ou de nenhuma força vinculativa; *b)* execução do ato que se prometeu recompensar e, pois, segundo a lei nova, nascimento do direito do executante.

A negação da vincularidade é absurda, revela o processo racionalista, subjetivista e anticientífico, de elaboração legislativa e interpretativa do direito. O juiz deve proceder como se não fosse adstrito à convicção dos legisladores e jurisconsultos da época anterior: verificar as relações, examinar-lhes os conteúdos econômicos, morais e outros, a fim de conhecer as regras jurídicas, reveláveis, e que as devem reger. Se assim dizemos quanto à negatividade do vínculo (e não sabemos de legislação que, no meio dos disparates da casuística e da declaração empírica, tenha pregado, de modo absoluto, tal principio), a *fortiori* afirmaremos a necessidade de método objetivo para, nos casos de direito duvidoso, prover à hipótese de colisão, ou pretendida colisão intertemporal de normas de direito.

Se o promitente pretende revogar a promessa, a lei nova é que deve reger, porque lhe era fácil revogá-la antes, na vigência da lei antiga~ Nesse assunto, pode-se dizer que a declaração legal de vincularidade *reconhece* o erro, em que antes estavam os intérpretes~ na revelação legislativa, doutrinária ou judicial, do direitO" quando permitiam a livre revogação, ou, o que mais absurdo, negavam a tais atos de expressão voliúva qualquer conseqüência jurídica.

§ 3.602. Órgãos das pessoas jurídicas

1. SOCIEDADES POR AÇÕES. Assembléia geral, nas sociedades por ações, é ~ corpo deliberativo maior; os seus poderes têm, todavia, limitações, que derivam da lei e dos estatutos, ou contrato social, que é a lei interna das sociedades. Assim, as assembléias gerai~ de regra não podem decidir Sobre doações ou atos de liberalidade, porque em si mesmos são incompatível com o objeto t que se propõem as

sociedades anônimas e quase nunca abre exceções os estatutos ou contrato social. Não quer isso dizer que as sociedades por ações não contribuam para comemorações, festas e obras de caridade, manifestações de caráter patriótico"

subscrições para auxílios em momentos de calamidade pública, e outras dádivas. Essas contribuições , módicas já se vê, mas de modicidade relativa aos teres da sociedade, não só se admitem, em geral, como se tornam, na trama das relações sociais externas, inevitáveis e por vezes, embora indireta e remota, úteis à instituição. Nada obsta, pois, que se façam dentro desse critério, promessas unilaterais de recompensa, em que o interesse da sociedade por ações quase se apaga no vago de sentimentalismo discordante de sua composição exclusivamente, e por definição, utilitária, capitalista e sem afetos.

Se tal ocorre quanto às promessas, em que a remuneração é discutível, e a liberalidade avulta, *a fortiori* se há de reputar permitida a promessa de recompensa a ato de cuja consecução advenha lucro à 50ciedade; *e. g.,* o abono de mais x% de ordenado anual ao caixeiro viajante cujos serviços representem o maior numero de negócios realizados (às vezes, verdadeiro contrato de serviço ou de obra, nos moldes da concepção de JOSEF

ROHLER quisera estender a todas as promessas de recompensa), o prêmio de x cruzeiros a quem aperfeiçoar a máquina usada pela empresa de moagem. Aí, como nas espécies corriqueiras de gratificações aos administradores ou empregados, menos se gratifica que se reconhece e se paga aquilo em que, sem ser forçado a fazê-lo, a assembléia arbitrou o serviço ou mérito recompensado.

Também os administradores podem fazer promessas tais, mas ficam sujeitas à aprovação da assembléia geral, embora conglobadas em outras despesas e ocultas, como sói às vezes suceder, em títulos gerais.

Num e noutro dos casos não há principio absoluto para se seguir. O ser ou não liberalidade pura, o haver ou não conveniência, são *questões de fato,* que só se podem apreciar nos casos concretos. Há muitos atos que são liberalidades apenas na aparência, e tantos outros que o são sem que se perceba.

De regra, são permitidas todas as promessas de recompensa relativamente módicas.

2. OUTROS TIPOS DE SOCIEDADE. Os órgãos das sociedades em

nome coletivo, ou em comandita simples, ou de outras espécies de sociedades podem, de acordo com o contrato social ou os estatutos, fazer promessas ao público.

Mais uma vez frisemos a diferença entre *órgãos* e *representantes.* Os órgãos das pessoas jurídicas a *presentam-nas,* não as representam. O ato do representante é ato de alguém, que pratica o ato em vez de o praticar a pessoa jurídica. O ato do órgão, não. Ao praticar o ato, o órgão não pratica ato seu, mas ato da pessoa jurídica. O ato, que ele pratica, é ato da pessoa jurídica, e não ato seu em lugar de ato da pessoa jurídica.

Os pressupostos para o órgão praticar o ato são uns; os pressupostos para o representante praticá-lo são outros e neles está incluído o da outorga de poder pelo órgão .

§ 3.603. Anulabilidades

1. VÍCIOS DE VONTADE. A promessa ao público pode ser inquinada de vícios de vontade, como de erro, violência, dolo, simulação. O art. 86 e os seguintes do Código Civil brasileiro, bem como o § 119 e os seguintes do Código Civil alemão e o § 870 e os demais do Código Civil austríaco, têm caráter geral, a que não poderiam escapar as promessas ao publico. Resta saber qual o prazo para a propositura da ação.

2. PRESCRIÇÃO. No Código Civil brasileiro, art. 178, § *9,* V, estatui-se Que prescreve em quatro anos a ação de anular os “contratos” para a qual não se tenha estabelecido menor prazo, contado este: a) no caso de coação, do dia em que ela cessar; b) no de erro, dolo, simulação ou fraude, do dia em que se realizar o ato ou o contrato; c) quanto aos atos dos incapazes, do dia em que cessar a incapacidade”. Posto que se inclua na regra jurídica o termo “contrato”, aplica-se também aos atos jurídicos unilaterais, salvo no que concerne a certas hipóteses especiais na vida dos títulos ao portador e dos títulos cambiários e cambiarifonnes, assunto de que fios ocuparemos oportunamente.

O Código Civil alemão, § 120, estatui que a declaração de vontade que se fez de maneira *inexata* pela pessoa ou estabelecimento que devera transmiti-la pode ser anulada como se daria em caso de erro; e JOSEF

KoHLER reputou a regra jurídica aplicável às promessas de recompensa. Mas fazemos reservas a Esse modo de ver: se o

promitente não providencia, após a leitura, acarreta com a responsabilidade de má exposição.

Trata-se de interesses do público, e ele deve ter em mira evitar que as pessoas se iludam com o anúncio errado. Escritor nosso já expendera a propósito excelentes argumentos e regras:

„h.. não é o individualismo da vontade que domina, e sim seus efeitos Sobre os outros. O indivíduo que leva ao público sua vontade deve sofrer que ela seja interpretada pelo sentido aparente com que os outros a possam receber. Há um limite até onde o homem deve respeitar a sua palavra, mesmo quando proferida por erro. Há também uma medida dentro da qual lhe deve ser permitida a retratação e além da qual esta se não pode efetuar sem a respectiva indenização dos danos causados a terceiros (M. 1. CARVALHO DE

MENDONÇA, *A Vontade uniu-* temi, 7).

Nos títulos ao portador, nas promessas de recompensa e noutras manifestações unilaterais, a vontade individual meio modo intenso e difusivo no ambiente social. A declaração e de importância pelo contacto com o público, de uma porção de espíritos cuja agudeza e compreensão as mesmas, nem são os mesmos os recursos defensite ordem psicológica. A solidariedade social apura-se eminente . A moral, a honra, o crédito, o bom nome, como que aproximam e se entrelaçam com o direito. Crê-se mais, por no que se publicou, na frase que se proferiu diante dar ordem, aos quatro ventos da vida comum. E cumpre ter-se conta esse fato de crença.

~ 3.604. Promessa ao público e simulação

V.PUBLICIDADE, ELEMENTO DE EXISTÊNCIA. A promessa da publicação, é como o título ao portador, ou o título passado, ou nominativo, antes da tradição, ou, em geral, dada de posse por outrem. Não se pode dizer que não exista, mundo fático. Existe. Apenas ainda não entrou no mundo lírico. Dizer-se que a promessa é nula, como fazem alguns tas, mesmo de hoje, como O. BRANCA (Deile Promesse unili, *Commentario dcl Codice Civile,* Livro IV, 388), é de „fijir-se. Não há deficiência do suporte fático. Há mais do isso. Não se tornou negócio jurídico unilateral a promessa. Promessa foi expressa por escrito, não penetrou, todavia, mundo jurídico. Também não tem ele razão em negar a revogabilidade. Revogar é retirar a voz. Passa-se no mundo fático.Se o negócio se fez *jurídico* e é revogável, foi o sistema especifico que permitiu ficar *aberto* para o mundo fático o

suporte, de jeito que, de lá, se possa puxar a voz.

Já mostramos que o nome “revogação” não pode escapar duplo sentido. A diferença entre *revogar, rescindir* e *resolver basta* em que só se revoga se é possível retirar a *voz,* que. Parte do mundo fático a atividade. Se o ato se fez especifico, a revogação tem de entrar no mundo jurídico para II“, se opere a desconstituição. Se o ato ainda não entrou, a repassa se no mundo fático e somente nele. No sentido de cio jurídico desconstitutivo, a revogação é a retirada que entrou no mundo jurídico, mas ocorreu no mundo fático. Tão pouco, há de ter acolhida a opinião dos que reduzem publicidade a pressuposto de *eficácia.* Nem é de validade, nem é de eficácia o pressuposto. Trata-se de pressuposto de *existência.* A promessa, *ex hypothesi,* é ao público; e ao público não foi feita.

2.RECEPÇÃO E SIMULAÇÃO. Nada tem a publicidade com a recepticiedade. Publicar é tornar possível a recepção. Pode ocorrer que ninguém haja lido. Se todos, em princípio, poderiam ter lido, isso basta. Uma das conseqüências é que dificilmente se conceberia a *simulação.* Ter-se-ia de aparentar conferência ou transmissão de direitos, declaração falsa, ou antedata ou pós-data <Código Civil, art. 102) *entre* todos os componentes do círculo a que se endereçou a promessa. Se o circulo é demasiado grande, então sim, a simulação é impraticável, porque não se poderia acordar na simulação em toda a massa do público.

Não só. Ainda mesmo em sendo grande o circulo de pessoas a que se dirige a promessa unilateral, é concebível que o acordo simulatório se estabeleça entre o promitente e quem, pelas circunstâncias, seria o único possível *ex puhheo.*

A fonte dos erros está em que se procura explicar, unilateralmente, o que é essencialmente bilateral a relação; ou em que se procura mostrar a bilateralidade da manifestação de vontade, que não é essencial, nem ocorre. de modo intenso e difusivo no ambiente social. A declaração cresce de importância pelo contacto com o público, do grande número, de uma porção de espíritos cuja agudeza e compreensão não são as mesmas, nem são os mesmos os recursos defensivos de ordem psicológica. A solidariedade social apura-se eminentemente. A moral, a honra, o crédito, o bom nome, como que se aproximam e se entrelaçam com o direito. Crê-se mais, por isso, no que se publicou, na frase que se proferiu diante da multidão, aos quatro ventos da vida comum. E cumpre ter-se em conta Esse fato de crença.

§ 3.604. Promessa ao público e simulação

1.PUBLICIDADE, ELEMENTO DE EXISTÊNCIA. A promessa, antes da publicação, é como o titulo ao portador, ou o titulo endossado, ou nominativo, antes da adição, ou, em geral, da tomada de posse por outrem. Não se pode dizer que não exista, no mundo fático. Existe. Apenas ainda não entrou no mundo jurídico. Dizer-se que a promessa é nula, como fazem alguns juristas, mesmo de hoje, como O. BRANCA (Delie Promesse unilaterali, *Commentario Codice Civile,* Livro TV, 388), é de repelir-se. Não há deficiência do suporte láctico. *Há* mais do que isso. Não se tornou negócio jurídico unilateral a promessa. A promessa foi expressa por escrito, não penetrou, todavia, no mundo jurídico. Também não tem ele razão em negar a revogabilidade. Revogar é retirar a voz. Passa-se no mundo fático . Se o negócio se fez *jurídico* e é revogável, foi o sistema jurídico que permitiu ficar *aberto* para o mundo láctico o suporte, de jeito que, de lá, se possa puxar a voz.

Já mostramos que o nome "revogação" não pode escapar ao duplo sentido. A diferença entre *revogar, rescindir* e *resolver* está em que sé se revoga se é possível retirar a *voz,* que é fato. Parte do mundo láctico a atividade. Se o ato se *fez* jurídico, a revogação tem de entrar no mundo jurídico para que se opere a desconstituição . Se o ato ainda não entrou, a retirada passa-se no inundo fático e somente nele. No sentido de negócio jurídico desconstitutivo, a revogação é a retirada que penetrou no mundo jurídico , mas ocorreu no mundo fático.

Tão -pouco, há de ter acolhida a opinião dos que reduzem a publicidade a pressuposto de *eficácia.* Nem é de validade,

nem é de eficácia o pressuposto. Trata-se de pressuposto de *existência.* A promessa, ex *hypothesi,* é ao público; e ao público não foi feita.

2.RECEPÇÃO E SIMULAÇÃO . Nada tem a publicidade com a recepticidade. Publicar é tornar possível a recepção. Pode ocorrer que ninguém haja lido. Se todos, em princípio, poderiam ter lido, isso basta. Urna das conseqüências é que dificilmente se conceberia a *simulação.* Ter-se-ia de aparentar conferência ou transmissão de direitos, declaração falsa, ou antedata ou pós-data (Código Civil, art. 102) *entre* todos os componentes do círculo a que se endereçou a promessa. Se o círculo é demasiado grande, então sim, a simulação é injustificável, porque não se poderia acordar na simulação em toda *a* massa do público.

Não só. Ainda mesmo em sendo grande o círculo de pessoas a que se dirige a promessa unilateral, é concebível que o acordo simulatório se estabeleça entre o promitente e quem, pelas circunstâncias, seria o único possível *unus ex publico.*

A fonte dos erros está em que se procura explicar, unilateralmente, o que é essencialmente bilateral a relação; ou em que se procura mostrar a bilateralidade da manifestação de vontade, que não é essencial, nem ocorre.

CAPITULO X

CONSIDERAÇÕES FINAIS

§ 3.605. Negócios jurídicos unilaterais e sínteses a respeito do seu conceito 1.PRECISÕES. A unilateralidade somente se refere à promessa, à manifestação de vontade. A estupefação dos juristas diante da estrutura unilateral foi sem razão de ser. As dificuldades que eles encontravam provieram de confundir-se a manifestação de vontade com a relação jurídica que dela se irradia quando se faz negócio jurídico. Há fatos *stricto sensu* ilícitos, atos *stricto Sensu* ilícitos e atos-fatos ilícitos que também não se passam entre A e B. A unilateralidade é do fato jurídico, uma de cujas espécies é o negócio jurídico. Há fatos *stricto sensu* lícitos, atos *sIneta sensu* lícitos e atos fatos lícitos que também não se passam entre A e IR, posto que possa IR ser o titular, no momento, do direito.

Os direitos reais são *erga omnes.* Há obrigações, ações e exceções *erga omnes.* ,~, Por que nos haveríamos de espantar por se nos defrontarem direitos, pretensões, ações e exceções *erga omnes?*

O que importa é que não se confunda com a *vinculação,* a que correspondem direito e dever, *a obrigatividade*

, a que correspondem pretensão e ação.

A pretensão a haver aquilo que se prometeu somente nasce quando se determina e, pois, se legitima o *unus ex publico.* Mas, antes disso, vinculado está o promitente, porque prometeu unilateralmente. Algumas, pretensões e ações podem nascer antes da pretensão a haver o prometido, porque a proteção ao interesse de alguém, inserto no público, o exigiu.

§§ 3.605 . CONSIDERAÇÕES FINAIS A função da lei, quando faz vinculativa a promessa a pessoa indeterminada mas determinável, é a mesma que ela tem quando faz vinculativo o fato *stricto sensu* ilícito, o ato-fato ilícito ou o ato *stricto sensu* ilícito.

2.BENEFICIÁRIO. Beneficiário da pretensão oriunda da promessa, tal o que é *incerto* nas declarações unilaterais de vontade, não, propriamente , o sujeito ativo da relação em que é devedor o promitente. A relação jurídica é *erga omnes.* Se existe lei que faz vinculativa a promessa (e quando dizemos lei não só nos referimos à lei escrita), a relação desde logo se estabelece entre promitente e o público, onde está, ou pode estar, quem seja ou venha a ser o *ex publico,* pois a lei *é o instrumento para se realizar um dos processos adaptação da sociedade.* De modo que, sem lei, a vinculação é nenhuma, ante~ da aceitação. E pode haver lei que mantenha Esse mesmo conceito de oferta. Mas a lei tanto pode fazer vinculativa a promessa unilateral como a promessa bilateral, como o ato-fato ou o fato *stricto sensu.* E há lei, *e. g.,* o art. 1.080 do Código Civil, que faz vinculativas as próprias ofertas antes de qualquer aceitação. O art. 1.081 do Código Civil supõe a vincularidade e dá as regras jurídicas, excepcionais, para a pré-exclusão ou a exclusão da vincularidade.

Traça a lei o caminho que sa *deve* seguir para a *coexistência* dos membros da comunidade. A solução técnica, que se escolhe, varia, conforme a natureza da regra jurídica, isto é. do seu conteúdo imediato.

O pai assume obrigações em relação ao filho, pelo simples fato de o haver engendrado: é a vontade só, dizem, e não convenção entre ele e o filho, que o obriga; o gestor de negócios responde pelos atos de administração, e em virtude somente do ato voluntário, pelo qual se incumbiu o encargo do negócio, sem que exista qualquer convenção com o *dominus negotil.* Finalmente, o que lesou a outrem, tem de reparar o dano. *É* no ato delituoso ou quase delituoso que assenta o princípio da responsabilidade, e evidentemente não houve nenhuma convenção entre ele e o lesado.

Vimos, nos Tomos II, §§ 159-248, e III, §§ 249-355, que não so a vontade nem só a manifestação de vontade geram dividas, obrigações, ações e exceções.

§ 3.606. Conclusões Sobre o problema geral dos negócios jurídicos unilaterais 1.PRIMEIRA CONCLUSÃO. A primeira conclusão, que

havemos de tirar, é a de que a *vincularidade* que se estabelece com as manifestações unilaterais de vontade não é diferente da que nasce de quaisquer outras manifestações de vontade, nem é diferente, no fundo, da *eficácia real* dos atos constitutivos, modificativos ou extintivos. A lei é que a *cria;* não é o contacto com alguém, pessoa determinada, ou pessoa apenas determinável.

Quando alguns escritores afirmam que a obrigação pode nascer da vontade *somente* de alguém e que o direito de crédito *somente* pode nascer se alguém o quer para si, quando proclamam essa autonomia no se obrigar, fazem tábua rasa dos princípios assentes nas outras ciências. Os organismos sociais não se poderiam constituir sem relações. O estudo dessas, em sua natureza específica, é o que faz o objeto das ciências sociais, como a economia política, o direito. Observados em sua feição genérica e em suas mútuas influições, temos a sociologia. Entre os organismos sociais e os animais não existem analogias e muito menos identidades morfológicas; apenas a ciência da vida está à base da zoologia como da sociologia. As volições, nas sociedades e nos animais, não sa exteriorizam, não operam do mesmo modo; o *processuais* é o mesmo, porque a vontade se manifesta, de dentro para fora, para objetivação motriz ou por objetivação vocabular. Os instrumentos de tais efetivações é que diferem: nos casos de se objetivar, afirmativamente, a vontade, a atividade animal faz-se sensível em gestos e vozes, e a social, em leis, decretos, alvarás, ordenações, normas costumeiras, usos, etc. Mas a objetivação externa não é a única maneira de se concretizar o fato psíquico social ou individual: há a influência interna, de expressão volitiva Sobre as outras.

Já F. J. STAHL *(Philosophie des Rechts,* Parte 1.a, 221, 286 e 240) escrevia. O direito é positivo em razão do seu conteúdo. Os seus princípios e idéias estão na ordem divina unilateral, porém suas leis concretas são expressadas humanamente, são positivas. A sociedade humana, chamada a dar livremente o conteúdo positivo do direito, pode substituir-lhe o injusto e o irracional, e ainda em tal caso, contrário à ordem divina, conserva o direito a sua força obrigatória". "A mera consciência jurídica do povo não tem nenhuma força obrigatória jurídica, enquanto não saia à vida exterior. O costume é a fixação da consciência popular, isto é, da consciência dos homens *que* e *enquanto* seguem o Direito. A legislação é a expressão pela consciência da autoridade, quer dizer: daqueles que têm a seu cargo estabelecer o direito". "Não é a convicção nacional ou a vontade da nação o fundamento da fOrça obrigatória do direito; pelo contrário: é o direito o fundamento, pelo qual a vontade nacional obriga aos indivíduos". Mais psicólogo, J. NOvIKOw *(Conscience et Volonté*

sociales, 92), descreveu a luta íntima na fase anterior à objetivação da vontade social, nas duas hipóteses distintas <costume e lei) "Sigamos a sensação chegada ao estado de idéia. Desde que se formou no cérebro, grandes perigos a ameaçam. As velhas idéias, acumuladas precedentemente nas células nervosas, mostram-se hostis, por vezes, à recém-vinda. A intrusa parece falsa, odiável . Produz-se luta. Pode durar anos. Mas é possível à idéia nova ganhar adeptos. Chega o momento teórico em que tem por si a metade das células. Então a adesão de uma só célula pode fazer a balança pender, definitivamente, para seu lado. Outras células sucessivamente se juntam. A maioria torna-se de mais em mais considerável, e acaba por atingir a unanimidade. Então a idéia nova passa ao estado de evidência. A marcha contrária também se pode produzir, está visto. Tal é, exatamente, a marcha do fenômeno psíquico no corpo social".

O que nos cabe mostrar é a objetivação afirmativa, em seu mais importante veículo: a *lei.* Como todas as atuações, a social está sujeita às ondulações e mates de ambiências em que se lança; ainda após a sua obrigatoriedade, o conteúdo, embora encouraçado pela rigidez dos decretos legislativos, que têm em si o máximo de imperatividade que vontade informada pode ter (salvas as diferenças entre as próprias leis: constitucionais, ordinárias), cede aos poucos a influxos das vontades sociais expressas em atos, revoluções, tendências, aquisições científicas e convicções doutrinárias. A multidão dos fatos psíqúicos forma o espírito, que é tudo isso,, *mais* a consciência da unidade. As vontades e demais fatos sociais compõem a ordem jurídica, como parte da ordem social.

Regrar os atos humanos, em esforço coersivo e assegurante para a perfeição, para a harmonia, para a justiça, que ~ a maior virtude social, compreensiva e acrisoladorá de todas as outras, desde o amor da verdade, que é a virtude da razão, a coragem, a eficiência moral, virtude da vontade, até a pureza e a moderação, que são virtudes do instinto (PAUL NATORP, *sozialpddagogik,* 2.a ed., 1S~) No realizar os seus desígnios essenciais, o Estado provê aos interesses individuais, e desempenha aquele papel de previdência social, que é o único a lhe dar -a estabilidade e o progresso. Essa função deriva de situações não coletâneas do Estado, mas anteriores a ele, desde que concebamos momento "pré-estatal"; e isso pela razão muito simples de não ser admissível o direito de, decretar a norma jurídica sem outra norma, que o dê. A muitos parecerá que se tocam problemas insolúveis, como aqueles - que pretendem afastar" a positividade de tais indagações como alegar o não se haver nunca verificado e descrito a criação de direito, mas apenas a sua transformação, as suas metamorfoses (Oro VON GIERICE, *Deutsches Privatrecht,* 1, 125).

Ora, a advertência não embaraça o raciocínio de quem aúalisa os fatos sócio-jurídicos. O direito não se produz somente no *tempo,* mas no *espaço;* vemo-lo nascer todos os dias; muitas regras jurídicas do Código Civil fazem nascer direitos, que não se estabeleceriam no regime das Ordenações Filipinas. ~ Que outro mais forte argumento em prol das anteriores afirmações? Tudo isso concorre para precisões.

2. LEI E ATOS JURÍDICOS . Entre as leis que contêm em si normas convencionais *(Konventionalregelfl),* que só ligam os indivíduos se eles o quiserem, há também as normas imperativas, imposições inexcetuáveis ,

- de origem subjetiva (E. STAMMLER, Wesen des Rechts und der Rechtswissenschaft, *Systematische Rechtswissenschaft,* XXIV-XXVI). Mas essa classificação não coincide com a que até agora fizemos das funções das leis: Também a lei que cria direitos ou obrigações pertence àquela primeira classe, -também ela é convencional, no sentido de que os indivíduos só se ligam *se quiserem:* quem não subscreve um título ao portador ou não responde por alguém que faça as vezes dele, no subscrever, nunca responderá pelo prometido num título; quem não anunciou a recompensa, não responde por ela; quem não quis ou não foi culpado de prejuízo, não fica obrigado a ressarcimento; quem não comete o crime, não é punido; o Estado que não decretou norma jurídica, não ficará ligado ao que se estatui em seus dizeres. Os atos unilaterais só se explicam como *condiciones iuris;* deles, uma vez postos por prática, emana a obrigação, ou o direito do agente: quanto à intensidade social, não são diferentes o ato lesivo, gerador de obrigação, e o ato de invenção a que se concede patente.

Desde o cometimento daquele, que a lei dá ao lesado a ação para se indenizar e ao culpado a obrigação de ressarcir; desde que a pessoa formou a máquina, ou compôs o remédio, ou constituiu a síntese química do seu invento, que a lei lhe reconhece o direito ao produto miro do seu trabalho. Um e outro pressupõem a lei, a regra social. Em qualquer fato jurídico, a regra, o direito objetivo, é tão essencialmente necessária, que alguns filósofos pretenderam *abstrair* da noção de direito subjetivo, em troca da noção, que eles reputam concreta e positiva, de situações jurídicas. A conclusão não tem fundamento, porque a lei mesma já leva em si o ato gerador, e é justamente a *reação* o que se elidiria com a exclusão do conceito de direito subjetivo.

Traça a lei o caminho que se *deve seguir* para a coexistência dos membros da comunidade; o *processo,* que se escolhe, varia, conforme a

natureza da regra jurídica, o que vale dizer de seu conteúdo imediato (direito administrativo, civil, comercial, etc.), mas reduz-se a dois, quanto à sua efetuação: a normatividade e a criação de relações jurídicas noutras palavras: a) o regrar relações; b) o perfazê-las, com a intervenção direta da função social.

No primeiro caso, a lei envolve a relação jurídica; no último, a lei é pólo da própria relação, a que ela mesma insufla a juridicidade. Quando a lei é pólo da relação social, preexiste ao ato unilateral ou não, que a suscita.

Juridicamente, a lei não é sujeito ativo; a lei só é pólo da relação social, não de relação jurídica. A vincularidade supõe que a lei haja protegido o *alter,* o *socius,* talvez o simples ausente. A proteção que se vê no art. 1.080 do Código Civil é expressiva: pôs-se por principio a irrevogabilidade das próprias ofertas, isto é, dos negócios jurídicos só provisoriamente unilaterais.

A lei, se não se limita a regrar o que duas ou mais pessoas *querem,* suscita a vinculação.

Suscitar é o termo: entre suscitar e ser fonte, grande diferença vai, que extrema as duas teorias a dos que ficam no conceito da unilateralidade e .não descem à sociologia, para o explicar, e a nossa, que *descreve* a unilateralidade, porém após a análise, a *explica.*

Para usarmos de imagem, diremos: a lei, em tais hipóteses, é atividade protetiva , que se projeta no ambiente social; não é norma, que se prefixe, e estatua *Sobre* relações. É ato unilateral do Estado, da sociedade, subordinados os seus efeitos vinculativos à situação. Essa situação se realiza: 1) Por fato humano lícito.

2) Por fato humano ilícito.

Só o caso 1 > nos preocupa, presentemente; o caso 2) constitui assunto de outro titulo desta obra. Se analisarmos o que se dá nos vários fatos de 1), um dos quais já nos e conhecido (a promessa ao público) e a outros já aludimos, em breves descrições e anotações analíticas, teremos que concluir: a lei emite a proteção social e a obrigação ou o direito nasce do ato individual, a que vulgarmente chamamos *unilateral,* por motivo técnico o de não considerarmos a energia manifestada do Estado ou igual, o *alter,* o pólo oposto à nossa vontade, pólo de relação *social,* na formação das relações jurídicas.

Desde o momento em que a pessoa física ou moral subscreve o título ao portador e Esse cai no mundo jurídico (passagem a outrem), a

vinculação nasce: porque a lei só subordinou o seu advento ao fato da subscrição *mais* a posse pelo *alter.* Desde que escrevemos promessa de recompensa e a publicamos (passagem a outrem), vinculamo-nos: porque a lei fez consistir nisso a única *rendido jurís.* Quando se opera o ato unilateral, já ele é elemento para o nascimento da obrigação unilateral. Visto do lado do indivíduo, .ele já é visto na relação o ato complementar de outro, que alguns, senão os mais dos escritores, prévia e inadvertidamente consideraram unilateral. Nenhum deles é realidade sem o outro. Quando MAX MULLER

escreveu que as línguas contêm psicologia petrificada, referiu-se aos termos que viveram, às palavras. e arranjos, a que o aparelho vocal insuflou existência, C 11119 aos que escaparam ao processo socializante dai articulação. Assim nas legislações: politicamente, na *história externa* das nações, lei promulgada tem o seu lugar, como todas, ainda que nunca se houvera aplicado; mas se queremos a *sociologia dEsses povos,* de nada nos serviria decreto que sabemos nunca obedecido. A lei é potencial, apenas; como todos os atos unilaterais.

A promessa de recompensa obriga o promitente, perante a lei.. O ato ilícito não é menos ato unilateral que a subscrição do título, ou a promessa; contudo, há diferença entre eles: nos atos ilícitos o fato se realiza *neles.*

o que fêz crerem na vincularidade; ao passo que nas promessas ao público a vinculação começa *antes* de acontecer o fato, de que depende o adimplemento. Naqueles, há vontade que se obriga, e aqui vontade de se obrigar, dizem alguns; mas a observação é destituída de valor científico. Havemos de mostrar. Os escritores que partem de exames subjetivos, da simples apreciação da intenção do declarante ou agente, o que importa aplicação de método indireto, metafísico, descobrem distinções que eles reputam de grande monta, entre as obrigações nascidas de vontade unilateral, mas que não são o produto de vontade de se obrigar (algumas relações de família, *negotiorum gestio,* delitos e quase-delitos), e aquelas em que a vontade unilateral é, precisamente, caracteristicamente, vontade que se obriga, porque quer obrigar-se (promessa de recompensa, títulos ao portador, estipulação a favor de terceiro, etc.). Está à vista, sob os próprios termos empregados, a eiva do mau processo metodológico.

Ato ilícito, dissemos, e não há distinguir o direito civil do criminal, nesse ponto da função sociológica da lei.

KARL BINDING *(fie Nonnen und ih,re tYbertretung,* 1, 19-21) e outros

mostraram que a lei penal regula as relações entre o Estado e o ofensor, ou culpado; e a razão do fato da vontade do Estado preceder à do individuo está apenas em que ao Estado assiste a função de legislar. Tal afirmativa tem consigo e por ai a verdade: nos povos primitivos a vontade não se expressa *antes,* mas *após* o delito; a vontade individual precedia à da sociedade, manifestada pelo governante.

DIREITO AO INDIVIDUO E SOCIEDADE. O *indivíduo* viciou toda) dos investigadores. É o que ao vivo se nos depara a sentença no estudo um <Ides: um pai assume certas obrigações em relação ao filho, pelo simples fato de o haver engendrado. É so, dizem, e não convenção entre ele e o filho, que o gestor de negócios responde pelos atos de admite obrigação e em virtude somente do ato voluntário, pelo qual se incumbiu o encargo do negócio, sem que exista nenhuma convenção com *direitos negotis* e, finalmente, o (file lesou a outrem tem que reparar o dano: é em sua vontade delituosa -delituosa que assenta o principio da responsabilidade. ou quase e evidentemente não houve nenhuma convenção entre ele e o lesado. após isso, tira RENÉ WORMS: há aí *vontade que obriga,* e não vontade *de se obrigar:* a obrigação não é conseqüência da vontade, nem lhe é o conteúdo imediato: " e sente-se em tais palavras uma como que reação da realidade ao método a *parte subiecti,* "l‟ohligation ne dérive pas de Ia volonté de celui qui a agi: elle dérive de la loi.

qul a attacP~ cet effet à son action".

Temos pois:

a) Que, ainda em se pondo em execução o método subjetivo, ~ então futuro sociólogo e entusiástico aplicador dos métodos subjetivos na sociologia, foi forçado a reconhecer que há. Nas obrigações derivadas de relações de família, de *negotiorum* gesuo e atos ilícitos, de um lado a vontade unilateral do pai, gestor, ofensor, etc., e de outro a lei. A despeito das reservas que fazemos a tal explicação, quanto a pormenores, demos de batalhar que se aceitem tais idéias.

b) Que o autor só considerou obrigações oriundas de vontade unilateral aquelas que dimanam de ato de vontade expressa e ilícita de se obrigar.

Feita a eliminação referida (vontade que se obriga), temos apenas de criticar a afirmativa final, corolário da distinção mesma. Mas, antes de tudo, notamos que ao escritor esqueceram> na primeira pretendida

classe de obrigações, os atos bíblicos, administrativos e legislativos, que obrigam este. O Direito, não no contém, *todo,* o direito civil, os títulos ao portador, primeiro exemplo das obrigações da segunda classe (vontade de se obrigar), começa por falha o conceito de RENÉ WORMS: quem subscreve título, prepara instrumento para se obrigar, e nem sempre terá, no momento, o *aninius vinculandi;* talvez o subscritor o tenha feito apenas para mostrar em aula, se professor, ou para apressar e facilitar a realização do negócio, que ainda se lhe virá propor. Pelo exame subjetivo, que foi o usado pelo jurista francês, e empregamos para mostrar a sua ineficácia, não houve vontade de se obrigar. Pois bem: se alguém furtar aquele papel e o passar a alguém, adquirente de boa fé, nenhuma defesa terá o subscritor.

Urna de duas: ou a vontade, a que se refere, é conceito ainda mais metafísico e inapreensível que a volição psicológica, ou a obrigação nasce da própria vontade de se obrigar.

Na Parte III e nos Títulos XIV, XV e XVI, teremos de frisar: a) que a unílateralidade é só da fonte da dívida; *b)* que a relação jurídica de obrigação já se estabelece entre o *unus ex publico* e o promitente, ou entre o *tinas ex publico,* apresentante do título de crédito, e o subscritor do título.

Parte III. Promessa de recompensa

CAPITULO 1

GENERALIDADES E TEORIAS SOBRE A PROMESSA DE RECOMPENSA

§ 3.607. Posição do problema

1.CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES. O estudo e a aplicação do direito relativo ás promessas ao público não são fáceis, como ao primeiro lance de olhos poderia parecer. Os juristas que os versaram reconhecem as dificuldades, os empecilhos, o terreno vacilante e.escorregadio em que todos pisam (Orro KARLOWA, *Das Rechtsgeschãft und geme Wirkung,* 275; R. VON JHERING, Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Vertràgen, *Jahrbiicher $r die Dogmatik,* IV, 95; C. F. F.

SINTENIS, *Ánleitung zum Studium das BGB filr d. Kõnigr. Sachsen,* 215; A. W. OERTEL, *Die Lehre mm der Áuslobung,* 12). São muitos os princípios que devem ser atendidos, quase todos de formação sociológica recente e poucos reduzidos à forma técnica, que os faça comunicáveis no trato dos conceitos cientifico~.

Demais, ainda não tinham, até pouco, as regras legais e a verificação prática, efetiva, que permitissem ao jurista confiar na construção lógica. Aqui, mais do que em outro qualquer ensejo, o que se deve procurar são as regras jurídicas veladas, embutidas no sistema jurídico, nas próprias relações sociais, que são as realidades do mundo jurídico.

Não se confundem:

a) A promessa ao público ou a pessoa incerta, que é uma das espécies da unilateralidade da manifestação de vontade, típica nos títulos de crédito ao portador e na promessa de recompensa feita ao público.

b) A oferta, que é a substantivação de primeira fase do processo mecânico-jurídico do negócio jurídico bilateral:

oferta + aceitação = acordo ou contrato.

c)A *invitatio ad offerendum,* simples convite para oferecer.

À distinção entre as duas últimas dedicou algumas páginas HARTWIC NEUMOND (Der Automat, Em Beitrãge zur Lehre Uber die Vertragsofferte), *Archiv fúr die civilistische Praxis,* 89, 168 s.) e são aceitáveis as suas considerações Sobre a possibilidade das ofertas ao público *(Offerten aus Publikum)* e a pessoas incertas *(personae incertae)*. Apenas devemos dar-lhes a explicação que foi apontada pelos resultados do método científico aplicado por nós, em 1926 e 1927, aos títulos ao portador e à promessa de recompensa.

As unilateralidades em LO e *e)* não são mais do que casos mais obscuros e mais complicados de bilateralidade essencial do contrato. Entre a *invitatio ad offerendum* e a oferta há apenas diferença quantitativa de obrigação de manter, tanto assim que entre uma e outra existem graus intermédios, que não podem ser classificados em nenhuma delas. Tal variedade, observamo-la também nos títulos ao portador e mostramos quanto independem da lei, barreira importante, mas, às vezes, frágil à aplicação das regras induzidas após a análise das relações jurídicas.

2.ELEMENTOS HISTÓRICOS E SEU VALOR. No próprio estudo histórico, menos se deve atender a textos do que aos fatos, às relações sociais, porque somente assim conheceremos, não a lei, forma nomocrática, quiçá expediente exclusivamente político, sem integral atuação, mas o direito, que não é só a *lei,* expediente político, ou, quando muito, aspecto político do processo social jurídico. Trata-se de processo de revelação e de criação que não exclui outros processos, nem predomina, necessariamente , em relação a eles, e sim conforme o valor qu *itantitativo* das fontes e dos métodos de interpretação. E entre o não-ser e o ser, no mundo jurídico, medeia toda a escala que, na psicologia, une o inconsciente ao consciente, e, na biologia geral, o inorgânico ao orgânico.

Há direito que não está nas leis e há leis, ou partes delas, que não se integram no sistema jurídico, de modo que o objeto da investigação não podem ser somente textos, mas sim as relações sociais em que se acham, suscetíveis de exploração imediata ou mediata, conforme se trate de forma ou de medida (providência). Não nos afastamos de tal critério, que é o único de caráter científico: ao artificialismo das legislações e dos despotismos legislativos, resultados da hipertrofia política, é assaz cômodo, posto que até certo ponto improfícuo , distinguir, como se faz a bolas brancas e a bolas pretas que estavam misturadas, o justo e o injusto; mas o jurista não pode cingir-se a tão estreita missão que a cada passo o incompatibilizaria com a pesquisa científica.

Há quem veja no exemplo “fugi, tene me, quom revoGavens me domino meo Zosimo accipis solidum” de que teme~ que falar, simples ato estranho à esfera “coativa” do direito: quem traz o escravo não tem ação para pedir a recompensa. mas, simplesmente, só lhe ficaria o *frágil direito* que corresponde, no promitente.

ao dever de gentileza, *Anstandspfliúht.* MAx GÚNTIIER *(Die Auslobung nacli dem Biirgerlichen Gesetzbuch,* 12), não falou dEsse “frágil direito” a que aludimos, porque não o guiou a necessária concepção filosófica, que mostra as qualidades como gradações quantitativas; para ele, com razão, não seria direito o que apenas correspondesse a simples dever de gentileza.

8.MÉTODOS DE INVESTIGAÇÃO. Na investigação histórico-dogmática do instituto, alguns escritores seguiram o método analógico de demonstração, que tanto falha, e outros, o direto. Houve quem concluísse pela vincularidade da promessa de recompensa. Analogicamente , com a só consideração dos princípios do *jactus*

missilium, tido por *traditio in incertara personam* (RUDOLF SoHM, Vertragsschluss unter Abwesenden und Vertragsschluss mit einer "incerta persona", *Zeitsehrift flir das .qesarn.mte Handelsreeht,* 17, 54 s.; J. BTERMANN, Rechtszwang zum Kontrahiren, *Jahrbiieher fúr die Dogmatik,* 82, 292 s., .310; FRTTZ SCHILIER, *Reehtsverhdltnisse des Automaten,* 27). Não é aqui o lugar para se -mostrar a insegurança de tal processo que pressupõe a aceitação, *historicamente,* da hoje destruída teoria da

"Geschlossenheit des Reehts", perfeita plenitude lógica do direito. O direito é sistema lógico, porém não perfeito e *pleno.* O direito é sistema único, mas esse se unia ao, sistema lógico. que recusa se preestabelece como sem *brancos,* sem lugares preenchidos. Nem Sobre tudo que deveria ser regras se fez regra jurídica; e a regra jurídica nova, que se não poderia extrair do sistema, cobre-se com o que já era o sistema, ou parte dele, e cobre

o sistema, ou parte dele.

(a)Métodos analógicos. O *iartus missilium* está em passagem de GAIO, inserta na L. 9, § 7, D., *de adquirendo rerurn dominio,* 41, 1: "Hoc amplius interdum et ir incertam personam colbocata voluntas domini transfert rei proprietatem:

ut ecce qui missilia íactat in vulgus, ignorat enim, quid eorum quisque exceptur~~s sit, et tamem quia vult quod quisque exceperit eius esse, statim eum dominum efficit". Houve, a respeito, duas opiniões: unia, que tirou dai, e aceitou, a explicação do *jactus missilium* como *traditio in incertam personam* (OELSHAUSEN, *De auctionis natura,* 18; E. TZSCRIRNER, *Dissertatio de indole ao natura promissioni,s popularis*

"Auslobung" quara vocant, 85; RICHARD MARSSON, *Die ATatur der Vertragsof forte,* 37; MARCELL

CHLAMTACZ, *Die rechtliche Natur der t*"*bereignungsart durch Tradition,* 77) ; e outra, que o tem como *dereliotio,* seguida de ocupação (A. Lucci, *Deile Promesse per pubblici proolami,* p. 9). Mas, como prejudicial, surge a pergunta: ~ a *traditio* apresenta caracteres de contrato? Numa fila, Huoo DONELO, A.

VINNIUS, J. VOET, R.J. POTHIER e outros, que o afirmam; negam-no A. PERNICE *(Zoitschrift f-iir das gosammte Handelsrecht,* V, 25 s.), F. P. BREMER, A. VON SCHEURL <*Reitrâge zur Roarbeitung dos rômischon Rock ts,* 1, 202), *S.* SCHLOSSMANN *(Dor T/ertrag,* 84) e Sima PEROZZI *(De lia Tradizione,* 109 s.), que a reduzem a ato material e unilateral,

de transferência da posse. O assunto foi versado nos Tomos II, § 211, 2, 212; III, § 310, 8; X, §§ 1.084, 1.098, 2, 1.102; XIII, § 1.460, 2; XV, §§ 1.660, 1.749-1.757; XXIII, § 2.778, 3. É de grande relevância classificar-se o ato jurídico da tradição.

Analógico foi também o processo de CONTARDO FERRINI que recorreu aos §§ 25-27, 1., *de leqatis,* 2, 20, pois "incertis vero personis neque legata neque fideicommissa ohm relinqui concessum erat" (texto em que

"ohm" e "concessum erat" foram interpolações). Mas admitiu Justiniano atenuações e, nas heranças como nos legados, em certos limites, a juridicidade das disposições *in incertam personam.* Aqui, como ali, cabe exprobrar-se tão imoderado uso da analogia e tão perigoso emprego de lógica; se é perniciosa a revelação desabusada do direito presente, pela analogia, com maioria de razão para o direito antigo.

(b) Investigações quanto à oferta. Pretendeu A. KOEPPEN (Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden, *Ja.hrbúcher fúr die Dogmatik,* XI, 859 s.) ter achado nas fontes romanas exemplo de oferta a pessoa indeterminada: a *praepositio institons;* e para sustentá-lo invocava a L. 1, pr.. O., *quod iussu,* 15, 4

(ULPIANO) : "Merito ex iussu domini in solidum adversus eum iudicium datur, nam quodammodo cum eo contrahitur qui iubet"; e o § 8, 1., *quod cum 00 QUL in aliena potostate eM nogotium gestum osso dicitur, 4,* 7: "ei quoque, qui vel exercitona vel institoria actione tenetur, directo posse condici placet, quia huius quoque iussu contractum intellegitur".

De modo que, ao propor no negócio *institor* ou *rnagzster na.vis,* emitia o *dominus negotii* oferta de contrato com pessoa indeterminada.

Posteriormente, enveredou pelo mesmo caminho PAUL KRÚCKMANN *(tYber den Vertragsschluss,* 56).

Para A. KoEPrrsN, o conteúdo da oferta seria o mesmo de quaisquer contratos que o institor chegasse a concluir com os terceiros, de jeito que o concluir tais negócios representaria a aceitação da oferta, preexistente a todos eles, do preponente; ao passo que, segundo PAUL KRÚCKMANN, com a *praepositio,* o *dominus* oferecia o vincular-se com quem quer que aceitasse o convite do institor, de conformidade com a vontade expressa, *invitatio,* do preponente. Já ai ressalta confusão entre *ablatio* e *invitato.*

Tais processos de investigação são indiretos; conquanto diretamente baseados nos textos, os últimos em construção artificiosa é que se fundam. Não precisávamos provar a inadmissibilidade da oferta ao público na *praepositio institoris,* para que se destruísse o argumento, pretendidamente histórico, a favor da promessa de recompensa entre os Romanos. Mas, em verdade, o valor da afirmação inicial é nenhum: os contratos são entre preposto e terceiro; demais, na ocasião deles, já é determinada a pessoa, e o conteúdo da oferta somente então se concretizaria.

(a)Explicações. Melhor foi a trilha que seguiram outros, no estudo direto das *promissiones populares,* inscrições de colares de *bullae,* papiros e epigrafes sepulcrais, reunidas nos trabalhos de R. VON JHERING

(Culpa in contrabendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Vertrãgen, *Jahrbiicher fiir die Dogrnatik,* IV, 38; VII, 379), C.G. BRUNS *(Fontes juris romani antiqui,* ed. OTTO

GRÃDENWITZ, Pars Secunda, 361 s.), H. DERNBURG *(Pa,ndelcten,* II, 7A ed., 28 e 24, nota 11; *System des r&rnischen Rechts,* II, *8a* ed., 554), JoSEF KOHLER *(Annalen der Grosskerzoglich Badischen Gerich te,* 41, 254 s.; Annahme und Annahmeverzug, *Jahrbúcher fUr die Dogmatik,* 17, 323; posteriormente, *Augsb.*

aligemeine Zeitung, suplemento de 8 de julho de 1876, 2978), *E.* TZSCHIRNER *(Dissertatio de indole ac natura promisswnu~ popularis "Auslobunq" qnam rocant.* 8-30, 90 e 107) acima de todos, e outros (E.

REGELSEERCER, *Ciz"ilrechtliche Erõrterungen.* 197; J. BARON. *Pan drktcn, L~* ed., 351; A. VON

VANGEROW, *Pandekten,* □

7 a ed., 603, n. 1; L. VON RIRCHSTETTER. *Kommentar zuni tsterrciehisehen Allqemcinen RGB.,* ga ed., 433; HEINalui SíEc.EL, *Das Versprecken ais Verpflichtunqsqrund,* 91: II.LEONHÃRD, *Der* □ *I>rtuin hei nichtigen Vertr?igen naeh rõmiseflem Recht,* 127, a despeito de nota duvidosa, o que parece ter ele escrito por inadvertência, cf. A. W. OERTELL, *fie Lebre von, der Auslobung,* 13; KARL RATR, *fie Lehre von der Auslobunq,* 3). Além disso, foi material examinado grande número de passagens de autores como CICERO, OLIVIO, APULEIO e PROPÉRCIO.

Nem todos os espécimes têm o mesmo valor, nem sempre foram aceitáveis as conclusões que tiraram, quer de ordem histórica, quer de

ordem dogmática. Esqueceram-se muitos de que os fatos vão de um "não-ser" a um "ser" jurídico, de coloração vaguíssima , ou a tintas vivíssimas e nítidas, e de que, nas investigações, devemos ter em conta as distinções quantitativas, ? que, afinal, se reduzem, em todas as coisas, todas as diferenças qualitativas.

4.APRECIAÇÃO DE ALGUNS DADOS HISTóRICOS. Mais adiante havemos de tratar da promessa de recompensa em Roma. Em todo o caso, é de proveito corrigir, de antemão, as principais fontes que devem ser citadas, semijurídicas ou jurídicas. Entre as primeiras está a de C. JULIUS VICTOR, na *Are Rhetorica,* cap.

4, § 4, ao eliminar, no século IV, o seguinte caso de *res negotialts:* "Is, „cui fílius non comparebat, edixit. se certam pecuniam daturuí~ ei, qui filium sibi exhibuisset: quidam mortuum ostendit: petit indicinam, contra dicitur". Examinou ele a controvérsia, pormenorizadamente: "Ab initio ad finem: an cum promiserit exsolvere debeat. an non debeat quod mortoum ostendit. A definitione: an hoc exhibere sit, mortuum demonstrare. A <consilio: quo consilio promiserit, utrumne qualemcumque quis demonstrasset, an vero si vívum. Aequaiitate: an aequum sit Compelli eum ad praetia in orbitate nuineranda. Possit hic forta~5~5

comparatio et qualítatum moveri: utrum illi melius fuerit nou videre omnino filium, an vel talen videri".

Ora, professor de reitoria, seria bem possível que o trecho apenas como exercício tenha mérito, e nenhum o tenha como solução jurídica; mas, se lhe quisermos negar o valor jurídico, não lhe poderemos recusar o de moral social, conteúdo de futura ou de latente regra Jurídica então ainda não integralmente caracterizada.

§ 3.608 Analise das espécies

1. DIÁRIA E PROMESSAS. Os casos mais vulgares de promessa de recompensa (que apenas mencionamos, para que, na leitura, se tenham em mente casos concretos) são os de fixação prévia de preços para trabalhos de arte ou de ciência (exemplos: um milhão de cruzeiros pelo melhor retrato do poeta Gonçalves Dias; prêmio de viagem ao aluno tio colégio que mais se distinguir durante o ano), os de

"gratificação" a quem achar objeto perdido, ou a quem descobrir o autor de crime, ou, se sabido, onde se oculta, qual o emprego , ou os

lugares de freqüência .

São facilmente encontrados anúncios insertos nos jornais, ou postos nos muros, paredes, colunas e demais lugares em que se colocam cartazes (V. HASENÓHRL, *Das õsterreichische Obligationenrecht,* II, 5; E.

TzSCHIRNER, *Dissertatio de indole* «e *natura promissionts popularis "Auslobung" quam vocant,* 1; F.

REGELSEERGER, *Civilrechtliche Erãrternngen,* 201; SCHtYTZE, fie Auslobung, *Jahrbuch des gemeinen deutschen, Rechts,* V, 48, 51 e 71; RrVIER, *Rechtslexi.con,* 3.~ ed., 1, 208; B. WINDSCHEID, *Lehrbuch eles Pandektenrechts,* „ya ed., 1, 171; Pn. VON BtYLOw, *Abhandlungen liber einzelne Materien des rõmischen biirgerlichen Rechts,* 271; E. PAGENSTECHER, *Pandektenpratikum,* § 92, 885; F. VON SAVIGNY, *Das Obligationenrech,t,* II, 90; Orro WENDT, *Lehrbuch der Pandekten,* 588; A. VON VÃNOEROW, *Pandekten,* 73 ed., § 608 n. 1).

Como veremos, não há sítios especiais para se realizar a publicidade. A vida social cria alguns, de que se não suspeitaria, e afasta outros.

2.PROMESSA DE RECOMPENSA E AÇÃO. Para bem prosseguirmos na investigação, convém precisarmos o valor da negação de oca *cionabilidade;* e assim saberemos qual o alcance das suposições referentes aos institutos dotados de ação e aos não dotados de ação, à promessa de recompensa de hoje e à de ontem, isto é, à concepção rudimentar e à concepção progredida mas ainda suscetível de evolução e de aperfeiçoamento. Os fatos jurídicos aparecem-nos como formas dos outros fatos sociais (éticos, econômicos, religiosos, políticos, artísticos, científicos) ; não porque seja *forma* o direito e *conteúdo* ou *substancia* a economia, a moral, ou outro processo social de adaptação.

mas porque todos são aspectos, ângulos da mesma figura, o que nos permite ter a uns por formas dos que, na matéria social, lhes correspondem.

Por outro lado, a realização coercitiva do direito, se é a mais eficaz, não é a única, nem a mais importante. Há uma porção de fatos que surgem, sem nenhuma intervenção do poder estatal, como se realiza a alimentação das plantas sem os ingredientes dos adubos químicos do jardineiro, pelo aproveitamento normal dos elementos naturais imediatos.

Pode dar-se que um povo use determinada figura de direito, ainda não

provida de ação, e que o instituto preste grandes e fecundos serviços. Não deixa de ser instituto jurídico, embora não seja instituto assegurado pelos meios formulares do Estado: terá a sanção moral, ou a sanção econômica, que não é menos vigorosa, nem menos coercitiva, embora a seu modo. A feição jurídica não desaparece, porque entre o ser e o „não-ser, no direito, não há abismos, mas gradações quantitativas, que levam do mais forte ao menos forte, e nunca de absoluto a absoluto. É nesses termos que pode e deve ser posta a questão da existência da promessa de recompensa nos povos antigos.

Grande mal foi que os juristas confundissem três conceitos distintos, o de *vineularidade,* o de *obrigatoriedade* e o de *acionabilidade.* Para que um instituto exista, basta que lhe corresponda vinculação.

Seria a vincularidade que primeiro se haveria de investigar.

3.PROMESSA DE RECOMPENSA POR DESCOBERTA DE AUTOR DE CRIME. Era obrigado o promitente a prestar o prometido:

no de promessa para a descoberta de criminoso; então, o interesse público exigia o cumprimento da promessa.

Na L. 5, § 11, D., *de iniurjis et farnosis libellis,* 47, 10, diz-se: “Et ei, qui indicasset, sive liber sive servus 511., pro modo substantiae accusatae personae aestimatione iudicis praemium constituitur, servo forsitan et libertate praestanda. quid enim si publica ex hoc emergit?”. Para quem indica os delinqüentes , seja livre ou escravo, segundo a fortuna da pessoa acusada arbitrará o juiz a recompensa, *pracuflum,* e para os escravos, às vezes, a liberdade. Por que não; se a descoberta *é* tie utilidade pública?

Cumpre advertir-se que já se cogitava de *obrigatividade*<. e não só de *rineulathidadc,* tanto assim que o juiz arbitraria a recompensa segundo os haveres do promitente. Porém não só *atividade.* Havia a *acionabilidade*~

uma vez que se podia pedir o arbitramento.

Para MÃX GtYNTHER *(Die Auslobung nach dem SGB.,* 12>seria o caso único.

Ora, continuaram as dúvidas:

a)~ Por que afirmar-se a unicidade de tal exceção?

b) *a* Trata-se de promessa de recompensa? Não; ou pelo menos, seria *sui generis,* oriunda *ex lege,* assaz interessante, que estudamos noutro lugar. Nasce a quem indica pretensão premio, sem promessa do ofendido ou do Estado.

e)aA que se refere o argumento interrogativo *à* autora de liberdade, ou à recompensa genérica? Ao livre, *ou* ao escravo?

Se bem meditamos, vemos que não há razão para conclusões havias e simplistas, e pouco Importa a averiguação retrospectiva da maior ou menor sanção da promessa de recompensa entre os Donos antigos.

Na espécie da L. 5, § 11, não houve promessa de recomPensa, ou, pelo menos, abstraiu-se de ter havido.

Quem meditar fez ias ao prêmio. Podia pedi-lo. Arbitrá-lo-ia o juiz.

Na L. 4, pr., D., *de bonis libertorum,* 38, 2, tem-se do Livro XLII de PÁULO, *ad edictum:* "Si necem domini detexerit rvus, praetor statuere solet, ut liber sit: et constat eum quasi es< senat"us consulto libertatem consecutum nuílius esse libertam Por onde bem se vê como é a lei que vincula, sem se juntem todos os elementos do instituto com a nitidez que hoje o caracteriza. Nos casos de promessa de recompensa, O fato que se quer realizado é positivamente *concreto,* trate-se serviço, ou se trate de obra; nas espécies da L.

5, § li, D.. *iniurjia famosis libelus, 47,* 10, e da L. 4, pr., li, *de bonis rtorum,* 38, 2, o fato é genérico, *abstrato:* qualquer, livre escravo, que revelar crimes.

PAULO disse que, descobrindo o escravo a morte do seu dono sócia o Pretor determinar que fosse livre, e se sabe que por haver conseguido a liberdade quase por senas conflito, de ninguém é liberto.

Tudo isso mostra as dificuldades, quase insuperáveis, dos processos analógicos e indiretos de pesquisa; bem assim a necessidade de recorrermos a dados históricos positivos, mais do que a textos de lei e a vagas exceções à não acionabilidade.

Se a lei fazia nascer do ato lícito do escravo ato que entrava no mundo jurídico como ato-fato jurídico (como a ocupação, a invenção, a descoberta científica e tantos outros)não a *vinculação,* mas a *libertação,* e se a descoberta do escravo fugido, que também era ato-fato jurídico, produzia a vinculação, a como seria de estranhar-se que a promessa ao público, negócio jurídico unilateral, vinculasse, obrigasse e produzisse ação?

O problema, porém, não é Esse. É o de se saber se o direito romano ia até aí, isto é, até Esse resultado lógico.

E em que espécies falhava.

§ 3.609. Nome do instituto

1. DADOS CONCEPTUAIS. Antes de outras considerações, pois que se trata de instituição que recebemos dos juristas alemães, senão de todo, no que respeita à construção científica, algumas observações são precisas, no que se referem à palavra *Auslobung.* No sentido em que se emprega no direito e, particularmente, no Código Civil alemão, é desconhecida do falar corriqueiro: nesse, são várias as significações (J. E.

KUNTZE, em EL VON HoLZSCHUHER, *Theorie unel Casuistik de.s gemeinen Civilrechts,* III, 297).

Na *Rncyklopúdie der Wiasenschaften unel Kiinste.* de J. S. ERscu e J. O. ORUBER, de 1818, não se lhe atribui o senso técnico do direito; mas encontramo-lo nos demais dicionários da língua alemã, como no de J.

ADELUNO *(Grarnmat., kritisch, .s Wôrterbuch der hochdeutschen Mundart,* Parte 1,615), no de HEINSIUS, *(Volkstiiniliches Wàrterbuch der deutschen Sprarhc,* 1. 302), no de ORIMM *(Deutsches Wõrterbuch,* 1, 911) e noutros. Crê o último que a palavra procede de LUTERÔ; portanto, do começo do século XVI. Mas vocábulo e sentido são dois fatos: somente do começo XIX, isto é, desde PH. VON

BÚLOW (1817), ou de pouco antes, é que deve ter vindo a acepção técnica. Em 1864, J.II. HILLEBRAND *(Lehrbueh des heutigcn genuinen dcutschcn Privatreehts,* 2.~ ed., § 207, 749) escreveu:

"Aliás, com a palan"a *Auslobunq* também se designa, *em tempo mae,~ ,<c<nte,* ato jurídico inteiramente diferente". CARL J. M. VALETT *(Au.sfúhrl. Lehrbuch dc.q praktisch.cn Pandelctenrechts,* 1, 5), e A. E. *J.*

THIBAUT *(Systcm dos Pandektenrechts,* 9.~ ed., 1, 479) preferiram o vo~ibulo "Angelobung".

No Preussisches Aligemeines Landrecht trata-se do assunto sob o título *Prãmie.*

Ao que promete chama-se, em alemão, "Auslobende" ou"Auslober".

Ao que executa e faz jus à recompensa não se dá nome especial, posto que a Esse denomine E. RECELSEERIJER “Anerbotene”. Na formação das expressões, não se deve admitir o linguisticamente incorreto, e daí a censura de B. WrNDSCHEID

(Kritische Vierteljahrsschúft flir Gesetzgebung und Rechts-‟wissenschaft X, 158). Para a maioria dos escritores, é melhor falar-se de *Obtaten;* para R. VON JHERING e R. SCHOTT, de *Induzierten.*

Preliminarmente, refuguemos qualquer alusão a oblação, que se liga a oferta Depois de analisarem a palavra *Auslobung* e de compararem com a do vulgo a acepção científica, disseram ROBERT VON MAYR *(fie Au.slobung,* 14) e ALBERT WITTI-IAUER *(Auslobunq und Wette,* 3) que é incompreensível a terminologia, mas conhecido o objeto e quase tão velho como a própria vida jurídica. Da expressão não poderíamos tirar o conceito; é vaga, equivoca, misteriosa; é de mister a ajuda da lei, isto é, do elemento de direito positivo que nos mostre o conteúdo do vocábulo. Assim se afirma, geralmente, porém não devemos emprestar à lei, como fez ALBERT WITTHAUER, toda a missão de encher o cristal glótico: a lei mesma é contingente e relativa, como tudo; poderia enchê-lo de substância imprópria.

A promessa de recompensa está nos fatos da vida, nas relações sociais, e as relações contêm em si a indicação do que as deve reger. t nas realidades da ambiência jurídica que se há de procurar o conceito da promessa de recompensa.

Aqui; como antes e, por vezes, mais tarde, temos de frisar que a promessa de recompensa unilateral nem sempre se destina ao público. Pode-se unilateralmente prometer sem se prometer ao público, ou, sequer, de público. Quem diz que promete *x* ao avião que chegue às duas horas, declarando, em negócio jurídico abstrato, que não se reserva qualquer revogação. é evidente que se vinculou.

§ 8.609. NOME DO INSTITUTO

2.PRÁTICA DA PROMESSA DE RECOMPENSA NA VIDA BRASILEIRA. Nos jornais brasileiros quase sempre apareciam promessas de recompensa, encimadas da indicação *alvíssaras,* que parecia o termo convencional e típico Era raro, e ainda o é, conterem tais anúncios o quanto prometido. Quase todos prometem sem fixar a quantia, de~que é exemplo o que veio à p. 16 do *Jornal do Comércio* de 18 de março de 1920.

Alvissara, antigo *albixara,* do arábico al-bixara, usado no plural, mas consignado, no singular, por F. J.

CALDAS AULETE, é o prêmio que se dá a quem traz boas novas, ou que entrega coisa que se tenha perdido (CÂNDIDO DE FIGUEIREDO).

Donde: *alvissarar,* noticiar, para receber alvíssaraw; ou, até, referir fatos ainda não conhecidos (Cf.

CAMILO CASTELO BRANCO, *Queda de um Anjo,* 196); e o vulgarissimo *alvissa retro.* Nos clássicos e nos modernos, os dois termos aparecem, com certa freqüência .

No *Esboço de um Dicionário jurídico,* J. J. C. PEREIRA E SOUSA registrou a forma singular “alvíssara” e brevemente a explicou: “é o prêmio que se dá ao portador de boas novas”.

Boas novas está aí sentido taxo.

Nos documentos de psicologia dos povos, a cada passo se nos deparam provérbios, rifões e anexins, que põem como normas de ordem moral as situações de dever a que não deram as leis a necessária obrigatoriedade. Quão adiantado estaria o direito lusitano e conseqüentemente, hoje, o brasileiro, se nas Orientações reinícolas tivessem escrito o singelo provérbio vernácilo “quem promete, deve”! Regista-o E.

R. 1. L. E. L. FRANCISCO ROLLAND, conforme MARTINEO AUGUSTO DA FONSECA, *Subsídios para um Dicionário de Pseudônimos,* 116). A propósito do titulo da obra de E. R. 1. L. E. L., de passagem digamos que preferimos a “órfãos” escrever “rifões”, mas RODRICUES LOBO *(Corte na Aldeia,* II, 44) empregou “rifães”.

Um pouco mais de *observação* do real teria sido mais útil aos juristas

do que toda a escolástica, a discussao , a batalha de argumentos e de sofismas, com que se enredaram o saber antigo, o medieval e o da maioria dos jurisconsultos modernos, para quem o direito não é ciência de métodos semelhantes aos métodos das demais ciências. Em vez de *observar* e *induzir,* o que seria caminhar com segurança e prover com sabedoria, queimavam os contínuos sacrifícios à Razão, com a pretensiosa crença de poder, com os soa recursos do intelecto, com a lógica das suas renhidas pelejas e o vago das suas afirmações de caráter estérilmente ideológico, resolver problemas relativos à adaptação dó homem à vida social.

Era o corolário do antropocentrismo, de que ainda não se livrou o mundo moderno, salvo uma pouca de espíritos para a qual o direito é ciência *positiva,* como todas as ciências.

§ 3.610. Interpretações do direito romano

1.TEORIAS NEGADORAS DA EXISTÊNCIA. NO DIREITO ANTIGO, DE DECLARAÇÕES

UNILATERAIS DE VONTADE VINCULATIVAS. Muitos escritores consideram a vincularidade das, declarações unilaterais de vontade como abstração do pensamento científico moderno, e daí a negação liminar da existência de quaisquer institutos de tal índole, nos povos antigos.

t escusado insistir-se nos argumentos contrários a tio extremado julgamento; mas são indispensáveis novos exames de alegações e pretendidas provas,

Invocou R. VON JEERINO *(Gesammelte Anfsàtze,* 409), a L. 18, D., *de adoptionibus et emancipationibus d aliis vnndis quibus potestas solvitur,* 1, 7 (MARCELO) : “Non aliter enim voluntati eius, qui adrogare pupilium volet, si causam eius ob alia probabit, subscribendum erit, quam si caverit servo publico se restituturum ea, quae ex bonis eius consecutus fuerit, illis, ad quos res perventura esset, si adrogatus permanisset in suo statu”.

Segundo o jurista alemão, prova tal fragmento que os juristas romanos não conheceram a possibilidade de se obrigar perante pessoa incerta; se a tivessem conhecido, não teriam recorrido ao expediente do *servus publicus,* teriam assentado que o *adrogator* era diretamente obrigado aos herdeiros, certos, do adrogado.

Mas cabe perguntar ~o □ *servus publicus* "representava" os herdeiros do adrogado? Hasta pensar-se em que eram pessoas certas, e, talvez, inexistentes. Para si a espécie, ocorreu a CowTARDO FERRINI *(Manuale di Pandítte,* 892) e a GIOVÃNNI BÁVIE

gA (L"Olferta ai pubblico, 8), que o *servus publicus* "representava"a *civitas* e que em favor dela se fazia *a stipulatio poenae,* para o caso de não cumprir o promitente o dever de conservar e de restituir. Demais, a necessidade da presença dos interessados na estipulação, posto que atenuada por Justiniano <§ 12, 1., *de inutilibus stipulotwnzbus,* 3, 19; L. 14, C., *de. contrahenda #„t cornnnittenda stipuULtione,* 8, 37) somente foi eliminada pela Nov. 72, de Leio o Filósofo.

Não só: as exigências práticas do caso reclamaram contrato e obrigação Imediatamente perfeita, e não simples oferta de contrato, que só após *a* morte do *adrogatus* obrigaria o *adrogator,* isto, quando surgisse a aceitação dos herdeiros (Víri"O.RIO SCIALOJA, *CO!! erta a. persona. indeterminata ed ii contrato concluso mediante automatico,* 20; CARLO TOESCA DI CASTELLAZZO, *L"Offerta ai pubblico,* 12; G.IOVANNI BAVIERA, *L"Offeria ai pubbticfl,* 9).

É anticientífica tal afirmação, sem análise das relações sociais entre os Romanos e apenas presa a texto de MARCELO. A mesma censura fazem outros (R. SOHM, Vertragsschluss unter Abwesendefl und vertragsschluss mit einer "persona incerta", *Zeitsehrift 11k das gesamm.te Handelsrccht,* 17, 50 s.; *1<*. TZSCHIRNER, *Dessertatio de índole ar natura promtssionis popularis „t4uslobun g" quam vocant, 77>*.

Houve outras soluções negativas.

Alguns escritores negaram a vincularidade da promessa ao público ou da oferta, porque não seria possível

"contratar4e" com pessoa incerta. Cada um apresentou o texto que lhe pareceu melhor, ou mais preciso. Ora, o problema não era o de se saber se o contrato seria possível entre alguém e pessoa incerta, mas sim o de se a4initir, ou não, que a promessa unilateral vinculasse.

À L. 10, *IX, de stipulatione servorwm,* 45, 3 (JULIANO), recorreu RINDERVATER *(Jahrbiicher fi& die Dogrnatik,* 12, 5):

"Sed et si ita atipuletur: „Titio decem aut Maevio fundum dare apondes?", qula incertum est, utri eorum adquisierit actionem, idcirco inutilis stipulatio existimanda et".

Se estipulou “Prometes daí dez a Tido, -ou um fundo a Mévio?”, pois que é incerto para quem adquiriu a pretensão, tem-se de considerar inútil a. estipulação. (Assim pensava JULIANO, mas, hoje, teríamos de indagar se não se houver cogitado de alternativa subjetiva.>

Arrimou-se A. PERNICE *(Kritisohe Vierteliahresschrift,* 35, 74) à L. 21. D., *de stipulatione servorum,* 45, 3:

“Si servus communis ita stipuleter: „kalendis Ianuariis decem Titio aut Maevio dominis, uter eorum tunc vivet, dare spondes?“, mutilem esse stipulationem Tulianus scribit, qula non possit in perdenti esse stipulatio nec apparere, utri eorum sit adquisitum”.

Se escravo comum assim estipulou: prometes dar nas calendas de janeiro dez a Tício, ou a Mévio, meus donos, entendido ao que então viva, escreveu JULIANO que a estipulação foi inútil, porque estipulação não pode ser em pendência, nem se sabe a qual deles coube a aquisição.

À L. 11, D., *de stipulatione servorum,* 45, 3 (13LpíÃ~o>, referiu-se ARNALDO LUCCI *(Deile Prorn esse per pubblici praclarni,* 11) ; “Sed si sibi aut Primo aut Secundo dominis suis stipulatus sit, et hic tantundem erit probandum, quod lulianus, mutilem esse stimulationem”. Adiante: “cur ergo cum Primo aut Secundo dominis stipulatio non constitit, nec solutio est? ilia ratio est, quia non invenimus, in cuius persona stipulatio constitit, in cuius solutio”. Não há negar-se certa contradição com as Leis 12 e 13.

Preferiu G. MESSINA *(La Promessa di recompensa ai pubblzco nel diritto privato,* 31) lembrar a L. 9, § 1, D., *de stipulatione servorum,* 45, 3, também de ULPIANO: “Si, cum duos dominos servus haberet, stipulatus fuerit illi aut illi, dominis suis, quaesitum est, an consistat stipulatio. *Cassius mutilem esse stipulationem scripsit et Jutianus Cassii sententiam probat eoque iure utimur”.*

Se o escravo houvesse estipulado para si, ou para Primo; ou para Segundo, seus senhores, também nesse caso se haveria de admitir o que disse JULIÁNO: ser inútil a estipulação. Mas, j,que seria inútil, a adjecção, ou toda a estipulação? ULPIANO opinou que só a adjecção seria inútil, porque, por ter dito “a mim”, adquiriu a ação do estipulado (eo enim, quod ait “mihi”, omnibus adquisit ex stipulatu actionem). <Tem lugar o pagamento a pessoas estranhas? ULPIANO entendia que se poderia pagar a elas, como quando se estipulou para mim ou para Tício. A estipulação, essa, não seria eficaz.

Se à escravo de duas pessoas estipulou para um ou para outro dos seus donos, pergunta-se se é jurídica <ar consistat) a estipulação. CÁSSIO escreve ser inútil a estipulação, e JULIANO aprova a opinião de CÁSSIO, e Esse direito observamos.

Mas, em verdade, ~era a *stipulatio* a única fonte vincular do direito romano? Demais, a oferta de contrato não era, como não é, o mesmo instituto do contrato.

O contratualismo estava arraigado na mente romana. Não se *pensava* em unilateralidade de negócio jurídico, o que não significa dizer-se que não existia.

2.TEORIAS AFIRMATIVAS DA EXISTÊNCIA DAS DECLARAÇÕES UNILATERAIS DE

VONTADE VINCULATIVAS. Outros autores adotaram diferente postura quanto ao problema, e resolvem-no afirmativamente. Falta de fontes não induz falia de instituto (cl. ALBERT LICHTENSTEIN, *Pie Auslobung, 7).* De certas passagens pode ser- suspeitada a vincularidade da promessa ao público, sem que nelas esteja. concretamente, a revelação da "Auslobung":

(a)L. 15, O., *de pasagem is út 1h 1(1<4 O <II adio nibus,* 19, 5 (ULPIANO) : "Solent, qui noverunt servos fugitivos alicubi celari, indicare cos dominis ubi celentur: qtiae res non facit eos fures. solent etiam mnercedem huius rei accipere et sie indicare, nec videtur illicitum esse boc quod datur. quare qui accepit, quia oh causam accepit nec improbam causam, non timet condictionem. quod si solutum quidem nihil"est, sed pactio intercessit ob indicium, hoc est ut, si indicasset adprehensusque esset fugitivus, certum aliquid daretur, videamus, an possit agere. et quidem conventio ista non est nuda, ut quis dicat ex pacto actionem non oriri, sed habet in se negotium aliquod:

ergo civilis actio oriri potest, *id eM praescriptis verbis. nisi.* si *quis et in hac 4ecie de dolo a,ctionem com petere dicat, ubi dolws aliquis arguatur.* O que pusemos em letra grifa foi interpolação.

Assim, em Roma. os que sabiam onde se escondiam escravos fugidos costumavam avisar os donos, e era uso recompensarem-se tais informações. Podiam somente dar a notícia mediante paga, o que não os fa~iH

cúmplices. Se recebiam, não podia ser repetida a quantia ou objeto. Se

havia recusa, não se podia dizer se havia pacto n~o producente de ação, e daí caberá ação civil, isto e, a ação *pracacriptis verbis,* salvo se mais adequada a *de dolo;* porquanto de má fé podia ser argüido o promitente. Interpolou-se o texto desde o "isto é" (íd est).

(b) *L.* 22, 13., *dc praescriptis verbis et in faetuni. adionibu.q,* 19, 5: "Si tibi polienda sarciendave vestimenta dederim, si quidem gratís hanc operam te suscipiente, mandati est obligatio. si vero mercede data aut constituta, locationis conductio.. nisque negotium geritur. quod si neque gratis hane operam susceperis foque protinus aut data aut constituta sit mnerces, aed co animo negotejum gestum fuerit, ut postea tantum merco..

dia Domine daretur, quantum inter nos atatutum sit, placet quasi de novo negotio in factum dandum esse iudicium, *id est raescriptis verbis".* O que está em grifo foi interpolado.

No direito romano, gratuito o mandato, se eu incumbisse alguém de coser vestes, seria de mandato a obrigação, ou, com bom mais perfeita terminologia, a relação jurídica: mas, se desse ou prometesse salário, era de locação de serviços, e não de outra coisa, que se trataria. Se não foi gratuito o trato. nem se fixou o que devia custar, posto que existisse a intenção de recompensar, dar-ao-ia a ação *pruescriptis verbis.*

(e) Lei única, C., *de sulfragio ,* 4, 8: "Si qui desideria sua explicare cupientes ferri sibi a quoquam suffragium postulaverlnt et oh refei- andam vicem se sponsione constrinxerint, promissa, restituant, cum ea quae optaverint consequantur:

si artibua moras nectoni, ad solutioneni debit coartandi sunt. Sed si quid co nomine in auro vel argento vel ceteris mobilibus datum fuerit, traditio sola sufficiat et contractus habebit perpetuam flnnttatem, quoniam colíatio rei mobilia inita integra tido hac ratione cumulatur. Quod si praedia rustica vel urbana placitum cotinobit, scriptura, quao ca iii alium transferat, emittatur, sequatur tyaditio. corporalis et rem fuisse completam gosta testentor: aliter enim ad novum dpminium transire non possunt -noque do ;éterl iure discedere. Quod si quis, dum solo commonitorio suffragio. nitit«r, bona duxerit occupanda, reus temeritatis se violefltiae~.retinebitur atque in statum pristinum possessio reducetur, e o a ptftione excluso, qui non dubitavit invadere, quod petere, debuisset!".

Assim, no direito romano, se pessoas, que desejassem obter algo, rogassem que" outrem lhes <lesse o seu sufrágio, desde a.(;io. INTERPRETAÇÃO AS QUALIFICATIVAS DO ANO que prometessem

qualquer recompensa, ti ubaim ele rum liri o prometido e, se a isso fugiam, podiam ser cnngidns a ZL(liflIplir. Se deu objeto de ouro, prata, ou outra coisa móvel, bastaria a tradição, e será perpetuamente firme o contrato. Se Tiro meteu prédio rústico ou urbano, tinha que ser feita a escritura, com a tradição, porque, de outro modo > não se daria a transferência e continuaria com o promitente. Se de sua própria autoridade se apoderasse dos bens prometidos, seria réu da temeridade e violência quem assim procedeu.

Um dos elementos da promessa de recompensa, feita ao público, está realmente ai. mas falta o outro: a *publicidade.* Para que o instituto estivesse nos textos dos imperadores Teodósio. Arcádio e Honório, seria mister fundi-los com os de ULPIANO. a que falta, por sua vez, o elemento *recompensa.*

De modo que, provisoriamente. temos do firmar concio da *Aus!obvnq* ou promessa de recompensa: Promessa de recompensa, escrevem alguns, ainda não isentos do dispensável conceito de "terceiro desconhecido", daquela incerteza subjetiva", é a promessa de recompensa de valor econômico, publicamente divulgada, a terceiro desconhecido pelo adimplemento de determinada prestação, ou pela execução de certa obra.

Não é outra a definição de ALBEitT LICIITENSTEIN *(Die Ãuslobung,* 12) e pouco difere a de MAx GtINTHER *<Pie Anglobung naeh dem ROR., 8):* da asseguração, publicamente declarada, de recompensa, pelo adimplemento de determinada prestação por pessoa desconhecida. No texto, as palavras "unbekannte Person", pessoa desconhecida, foram postas deliberadamente, com inteira responsabilidade do intenção: não se satisfez o autor com a definição de F. BEGELSEEROER *(Civilrechtliehe Ertb-terungen,* 201) pública promessa, de valor econômico, àquele que, do povo ou de determinada parte dele, exequir certa prestação; apontou a variedade de termos, "pessoa desconhecida", em F. van SÂvIGNY *(Das Obligationenrecht, II,* 90), "pessoa indeterminada" em L. ARWTS *(Lehrbuch der Pandekten,* 8.~ ed., 409) e "pessoa incerta", em O. F~ PUCuTÂ *(Pandekten,* 401) : prospectivamente , "unbekannte, unhestimnita, ungewisse Person"; depois acolheu a distinção, recomendada por outros, *e. o*~" <. TZSCHIRNER *(Dissert afio de indole ar natura*

§ 3.610. INTERPRETAÇÕES DO DIREITO ROMANO

PERSONA ri ísszon is popn la ris „„A oslo b nu y" qua.. ni roca ti t, ~ s. *)* entre *ignota.* e *incerta. persona. : incerta persona é* a que é indeterminável quanto à existência, como a mulher futura, *1)5* póstumos; *ígn a.*

persona, a que é determinada, mas desconhecida de quem a procura, de modo que assim se justificaria a preferência quanto ao emprego da expressão *ignota persona,* ou pessoa desconhecida. A promessa de recompensa, disse MÂx GÚNTHER, dirige-se, não a *incerta persona,* mas a *ignota persona (Die Auslobung nach devn 8GB., 9* s.).

Segundo A. W. OERTEL <*Die Lehre von der Auslobung,* 24), promessa de recompensa é a promessa, emitida mediante pública noticia, de prestação àquele que, dentre os indivíduos de um povo ou de uma parte dele, execute outra determinada prestação.

Alguns autores satisfazem-se com o discrime dos caracteres essenciais: a) A promessa de recompensar determinadas ações.

1» A notificação pública dessa promessa: "die õffentliche Bekanntmachung dieses Versprechens" (KARL

RATH, *Die Lehre vim der Auslobung,* 15).

Outros preferem mais pormenorizada distribuição:

a) Promessa de recompensar.

b)Divulgação pública.

c)Execução de algum ato ou obra (FRANZ NEUMEISTER, *Der Untersehied i"on Auslobung und Wette,* 2).

Mas, evidentemente, o elemento c) é parte integrante do elemento a), o que não prova a desnecessidade de se proceder a meticulosa análise e de se distinguir mais Esse requisito que.didaticamente, passa a ser autônomo.

As definições não pelem excluir nenhum deles. "Auslobung", define RARL SCHLEICHER <*Die Lehre von der Auslobung,* 6), é a promessa, manifestada por meio de pública divulgação, de recompensa pela execução de determinado ato.

Em nenhum dos textos de ULPIANO há prova da *acionabilidade* da promessa de recompensa; mas evitemos o procedimento dos que, diante disto, lhe recusam a identidade com o instituto moderno da

Anslobvnq (e. g., KARL RATH, *lhe Lehre von der Auslobung,* 4), o que cortaria a historicidade dos fatos do mundo jurídico e exigiria o nascimento deles de uma feita,já caracterizados e com plena e definitiva técnica. Ora, nem é normal, nem possível, tão singular *ex nihilo.* Em sociologia, como em biologia, o ser de hoje de milênios futuros. E foi gerado pelos de milênios passado "Proinde videamus, si nescit 0uias esset, sic tamen tulit quasi redditurus ei qui desiderasset vel qui ostendisset rem suam, an furti obligetur. et non puú 0bligare eum. solent plerique etiam hoc facere, ut libellum povonant continentem invenisse se et redditurum ei qui desideía~erít hi ergo ostendunt non furandi animo se fecisse". E jio § *9:* "Quid ergo, si quae dicunt petat? nec hic <idetur furtum facere, etsi non probe petat aliquid".

O que ULPIANO inquiria era se ficava em falta e exPosto à ação de furto quem encontrou a coisa e não 5aVe de quem é. Recolheu-a para entregá-la a quem a reclamas.~e, ou provasse que era sua. E Me não o reputava obrigado. soem colocar cartaz em que se diz terem-na encontrado e que a devolverão ao que a reclamar.

Esses evidentemente (a expressão é nossa) mostram que não fizeram com ~ de furtar.

Já dizia K. TZScHIRNER desconheciam os juristas romanos a promessa de ~ mas que se lhe recusava *acionabilidade,* porquanto contrariava os princípios do direito romano das obrigações 0 de divida com incerta pessoa (também, EDUARD VIERECK 9ie *Auslobunnach dem ,* 1 s.). Aí está a prova de quanto pode perturbar a vida jurídica de um povo simples construção lógica, simples capricho do gramático. Tinham a figura, com a aplicação pelo uso e, naturalmente, as sanções não politicas os textos continuavam a construir barragens contra vagalhões da realidade. Pelo menos, na grande maioria das espécies .

3.POSIÇÃO DEFINITIVA DO PROBLEMA. A essa altura, cabe perguntar-se: j,tinham os Romanos a promessa ao público, particularmente a promessa de recompensa? Psicologicamente , é difícil não a terem os povos mais primitivos. Onde quer que alguém perdeu algo, ou quis objeto~ que outrem dentre muitos poderia achar ou conseguir, constitui a promessa de recompensar o expediente adequado. Mas tal afirmativa não implica a da *acionabilidade.* A investigação tem de circunscrever se, agora, a verificar, historicamente, se havia o instituto e se era jurídico .

Há, em verdade, quatro problemas:

a)Primeiro, se há de perguntar se a promessa de recompensa, feita ao público *(ad incertam personam,* à pessoa determinável mas, no momento, indeterminada) *vinculava.* Se vinculava, havia dever, a que correspondia direito.

b) Respondida afirmativamente a pergunta a), tem-se de apurar se de tal dever nascia obrigação, isto é, se era *vinculativa* e *obrigativa* a promessa de recompensa ao público.

e)Assente que vinculava e que obrigava., resta indagar-se se da pretensão, correspondente à obrigação nascida, resultava *«<do.* A *acionabilidade* supde existir a pretensão.

Estamos apenas a cogitar da ação de adimplemento, pois antes dela podem existir outras pretensões e outras ações, de que aliás já falamos.

d)Outra questão é a da vincularidade, da obrigatoriedade e da acionabilidade da promessa unilateral de recompensa feita a pessoa determinada *(ad certam personam).*

Percorramos os documentos romanos.

O que perdeu objeto e o quer encontrar, recorre à *jucrição* soa *muros da cidade,* com as indicações da perda e da recompensa prometida. Os documentos que o provem não são poucos, atualmente,, graças às indagações arqueológicas e papirológicas , bem como a passagens de textos literários (PrrRÔNIO, *sayricon,* 97; flIJLEIO, *Metamorphoses,* 6, 8; CURIUS FamruNÂTIANUS, *Ara khetonto,,* 1, 18).

Desde os mais antigos tempos que as inscrições atestam o uso de tais anúncios (liberalitivos). No *Corpus inscriptionum latinarum* (IV, 64) está reproduzida inscrição pintada nas muralhas de Pompéia. Ei la numa das cópias:

; 3.611. INTERPRETAÇÕES DO DIREITO ROMANO

VIRNA. ADENIA . PERITA. DE. TABERNA.SEI. EAM. QUIS. RETULERIT

DABUNTURHS. LV. SEI. FUflEMDABITUR. DUPLUM A. VARIO □Cf. GUARINI *(Fasti duumvirali ed annali deita colonia di Pontpei,* 183) e MARCO MeDICA *(IntroduziOfle aVo studto deila Papirolo pia giuridictt,* 205). Em C.G. BRUNS-OflO GRADENWIfl *(Fontes inris romani antiqui,*

361), lê-se: “URNA AENIA FERET DE TABERNA. SEI QUIS RETTULERIT VABUNTUR liS XV; SEI FUREM DABIT, UNDE *(REM)* SERVAR *(E POSSIM) XX”*.

O processo prévio para encontrar escravos fugitivos era ainda mais simples. Em vez de se açular a ambição com a promessa de ganho, feita posteriormente ao conhecimento da perda do objeto, ou ao se sentir necessária a ação de alguém, prometia-se *antes do acontecimento:* rodeando o pescoço do escravo anel metálico, com lâmina de bronze, na qual se gravavam as declarações para a hipótese de fugir o servo a seu dono.

Ficou-nos exemplar notável, dentre muitos: lâmina de bronze, quadrangular, de cinco centímetros e meio, munida de anel, que permitia prendê-la ao pescoço do escravo.

Eis a inscrição no bronze (O. O. BRUNS, *Fontes inria romani antigni,* ~61 s.): FUGI; TENE ME; CUM

REVOCAVERIS ME UCOMINO) M(EO) LONINO ÁCCIPIS SOLIDUM.

Em nota à palavra “revocaveris”, diz-se (362) “revocuvens

Outras inscrições no *Corpua inscriptionwr>t lattnarum,* XV, 7.171 s., e em li. DESsAU, *InscriptiontSS*

iatirtae selectae, 8.726 e 8.733.

Às vezes as inscrições eram gravadas nos próprios colares, ou em medalhões ligados aos colares *(bullae),* com a simples indicação do proprietário do escravo., e . o pedido de trazer o fugitivo, sem se lixar o montante da recompensa. Sem alussao ao prêmio, mesmo fixado, não há, verdadeiramente, promessa de recompensa; o que se tem, na espécie, é o achado. a invenção, a que falta a *natura prorniioflifi popitla*“*tts.*

A Constituição 2 do Livro IX, Título XXXX, e a Constituição /7 do Título XXXXVII, levaram os escritores a crer na real recenticidade daqueles sinais; mas sem razão (L. 2, O., *de requirendis,* 9, 40; L. 17, C., *de poenis, 9, 47)*

~porque não se referem aos escravos as constituições citada~ segundo, porque não se poderia precluir dos textos o que ~ pretende.escrever nos muros, colunas e lugares públicos vem de longa data, o que, se não prova o instituto jurídico, mostra o seu conteúdo material de hábito. A tais anúncios davam-se os nomes de

pruedicationes ou *proclamation es.* E CURIUS ~ dizia que por vezes se faziam por arautos publicados.

Testemunha-o, ao tempo de Nero, certa passagem de PETRONIO *(Satyricon,* 97): "A súbitas entra na taberna arauto público, seguido de escravo público e de multidão de curiosa Sacudindo tocha que mais esparzia fumaça do que luz, leu em voz alta, esta proclamação: "Um jovem de dezesseis anos, mado Gito, delicado, de aparência amável, acaba de desaparecer~ no banho~ público. Muito dinheiros de recompensa a quem o trouxer ou indicar o seu paradeiro. Junto ao arauto ficava , com vestes pintalgadas de diversas cores , e um prato com prata que continha o prometido".

Lê~e em PROPÉRCIO *(Ele* g., III, 23) : "haec aliqua própone columnb Trata-se da elegia *de tabeilis perditis,* em que é expressivo o anúncio com a promessa de recompensa. "Estão perdidas para com essas sábias tabuinhas, e quantos escritos preciosos como se perderam!. . . Sabiam, sem mim, sossegar Cíntia e muitas vezes, em minha ausência, eloqüentemente falar em meu favor. Não deviam o valor ao ouro que tinham, eram de buxo vulgar, revestido de sórdida cera ; nnsr tais como eram, punca se desmentiu a fidelidade delas e sempre nos foram 105 os seus serviços". Fozsitan haec illis fuerant mandata tabellis: í r»scor, quoniam es, lente, moratus heri. Ar tibi nescio quae visa est formosior? An tu noi bena de nobis crimina ficta iacis?

Ou, em vez de lhe exprobrar a indiferença e o ter chega-d tarue:. Venies hodie, cessabimus una; lispiti um teta nocte paravit Amor.

E enfim: quaecumque volens reperit non stulta puella, garrula cum bíandis dicitur hora dolis.

Desventurado, eu: nelas algum avaro escreve agora as suas contas e as põe entre os livros de despesas. A quem mas trouxer, darei ouro. Quem quer reter, ante tal preço, uma pouca de madeira? Vai, pois, escravo, depressa põe isso em alguma coluna e escreve que teu senhor habita nas Esquílias .

Me miserum! bis aliquis rationem scribit avarus, et ponit daras inter ephemeridis.

Quas si quis mibi rettulerit, donabitur auro: quis pro divitiis ligna retenta velit?

1 puer, et citus haec aliqua propone columna; Et dominum Esquiliis scribe habitare tuum Nas *Metamorfoses,* faz APLLEIO, sob nomes de

divindades, viverem seus contemporâneos, e os imortais empregam a promessa de recompensa, feita ao público, porém quem proclama é o próprio Mercúrio.

O próprio Estado prometia. Em casos de calamidade pública, por exemplo, o Senado fazia promessa a quem contribuísse para tirar a República do perigo. Não são poucos os exemplos. No auge da conjuração de Catilina, o Senado promete recompensa a quem der informações: se escravo, liberdade e cem mil sestércios; se homem livre, duzentos sestércios e impunidade pelo que participasse da conjuração (SALLUSTIUS, *Catilina,* 30, 6).

Não é preciso mais. A promessa ao público era vulgar em Roma..

Tudo sugere que havia *vinei,laridade.* Mais: a *obriqatoriedade.* Nem se compreenderia que se prometesse cem tanta freqüência se o povo soubesse que o promitente não se obrigaria, ou, pelo menos, não ficaria vinculado.

§ 3.611. PRESSUPOSTOS DA PROMESSA DE RECOMPENSA

Resta saber, se tinha ação o promissário, isto é, se a lei dava *acionabilidade* à promessa dirigida a pessoa indeterminada mas determinável.

Estamos em frente a um dos mais sérios problemas da dogmática jurídica. Nenhum texto romano, nenhum documento alheio à legislação e ao direito, permite afirmar-se que o executante do ato tivesse *ação* contra o promitente, para haver o prometido. Não existe, na espécie, diz li. DERNEURO *(Pandekten,* II, 24), obrigação munida de ação; mas obrigação de conveniência. Assim quase todos os pandectistas. Não nos parece a melhor explicação: a obrigatividade, ou não, da promessa, entre os Romanos, é mera questão de fato, e entendido que nos faltam textos que lhe dêem ação, o que se há de concluir é que o Estado não exerceu, na espécie, a sua ação de providência social. O Senado muito desmerecera, se faltasse à sua palavra, mas não poderia ser constrangido a cumpri-la: surgia, pois, a obrigação *natural,* concluem alguns (A. W. OERTEL, *fie Lehre von der Auslobung,* 18 s.; M. 1. CARVALHO DE MENDONÇA, *À vontade unilateral,* 197), erradamente, e não aquela, protelada pela ação, a que provia o direito positivo. O

individualismo, que caracterizou o grande direito, não lhe teria sugerido a proteção dos interesses de todos nas espécies de promessa

ao público. Não chegara àquela ordem social, em que, no dizer de Clcno, *societae hominum inter ipsos et vitae communitas continetur:* não se realizara a unidade de ponderação metódica dos fins particulares, no respeitante ao fim último da comunidade, como se expressava R. STAMMLER *(Die Lekre vou. richtigen Recht,* 197); a vontade do Estado, que vinte e três séculos antes de Cristo tinha por fito o bem, como se vê do Código Hammurabi, ainda não fora ao alcance dos anúncios, *libeili proclamatio~tes;* não havia, propriamente, obrigação natural, porque essa só nasceria no momento da aceitação quando a não obrigatoriedade da promessa constituiria o ~„naturalmente justo", mas já então se desvestiria de seus caracteres específicos, e a obrigação natural seria a do ato lesivo.

O que prova o largo uso dos *libeili,* das *proclarnationes,*

dos escritos em medalhões, ligados aos colares dos escravos, é o atraso, é o defeito das funções do Estado, nó grande

mundo jurídico do povo romano. Quanto á obrigação natural, voltaremos ao assunto.

Prudentemente, o que poderíamos dizer, em conclusão, seria que não há *provas* históricas da acionabilidade das promessas de recompensa ao público, o que de certo modo se choca com a acionabilidade da pretensão de quem encontrou algo ou deu informação, sem que houvesse precedido a declaração unilateral de vontade.

Citamos textos. Éles falam por si.

§ 3.611. Pressupostos da promessa de recompensa

1.LUGAR DA MANIFESTAÇÃO DA VONTADE. A promessa era feita num só lugar, ou em vários. Em se tratando de escravo fugido, o proprietário, com interesse em descobri-lo, mandava fazer proclamas em todos os recantos da província em que suspeitava de refúgio. Não é de estranhar que Vatinius diga a CICERO, que estava aflito devido à fuga de seu escravo Dionysius:"Ego terra manque ut conquireretur praemandavi: et profecto tibi illum reperiam, nisi in Dalmatiam aufugent". A circunstância de se poder fazer as *praedicationes* ou *proclamationes* em diversos pontos não traz grandes subsídios ao estudo do instituto; a não -acionabilidade elide o que de apômalo surgiria, em sendo *variáveis* ou *diversas,* em teor, as proclamações ou promessas.

Há uni papiro, nas *Notices* de BRUNET DE PRESLE, que merece menção: não só pelos termos em que foi redigido, como por sua idade provável. Certo é que não se pode dizer com firmeza, mas tudo leva a crer que se originou da época dos Lagides. Com ele prova-se não serem relativamente recentes as inscrições e os proclamas; o papiro deve ser posterior ao inicio do emprego daqueles. A minuciosidade das quantias prometidas, conforme o lugar em que se achar o escravo fugido, mostra quanto a bom recado e seriamente eram feitas as promessas:

2 talentos e 3.000 dracmas a quem entregar um dos dois escravos; e a quem apenas indicar o refúgio: 1

talento e 2.000 dracmas no caso de ser sacro o lugar do paradeiro; 3 talentos e 5.000 dracmas, se escondido junto a pessoa solvável ou suscetível de ser punida.

Quanto à acionabilidade das declarações unilaterais de recompensa, nenhum documento grego-egípcio ou romano o atesta.

Os autores que a defendem lembram a seu favor dois retóricos; O. TIJLTUS Víc"rou e Cimms FORTUNATIANUS. Mas as controvérsias, que servem de exemplo, nos dois livros de *Ars Rhetorica,* podem ser e muito provável é que sejam de ordem moral, e não jurídica. E quiçá simples fatos lembrados para exercício de públicas razões: o preparo de homens para as lutas da palavra, para o esgrimir do verbo.

O. lunus VECToR *(Ars Rhetorica, 4,* 4): "Um pai, cujo filho desapareceu, promete dar determinada soma a quem lhe puder fazer descobrir o filho. Alguém lho mostra, mas sem vida já. Reclama recompensa.

Controvérsia: o pai deve pagar-lhe, porque lho prometeu ou não o deve, pois que o filho mostrado já está morto?".

CURIUS FORTUNATIANUS *(Árs Rhetorica,* 1, 18: "Um escravo fugiu. O dono promete mil dinheiros de recompensa a quem lho trouxer. Alguém o traz. Mas então o escravo está *adsertua in libert atem,* e declarado livre pelo magistrado. O que o trouxe reclama recompensa. O antigo dono recusa-lha". Eis o texto: "Cuius servus fugerat, libello proposito, vel per praeconem nuntians dixi daturum se danarius mille ei, qui ad se servum perduxisset. Quidam perduxit: perductus in libertatem adsertus est, et liber pronuntiatus. Petit ilie mille danarios: contradicit, qui dominus fuit".

Há outros argumentos em prol da acionabilidade, que não são fortes.

A L. 15, D., *de praescriptis verbia et in factum actionibus,* 19, 5, dá-nos um deles: "Os que sabem o lugar onde se encontram escravos fugidos, costumam indicá-lo aos donos, o que não os faz parte no furto; estão acostumados mesmo a receber recompensa, *solent etiam mercedem huius rei accipiere,* mediante a qual instruem, *et sie indicare:* o que se dá em tais casos, não se considera injusto, nem há temer-se de repetição por indébito, *quare qui accepit, quia ob causam accepit, neo improbam causam non ti?net condictionem,* porque recebeu por uma causa que não se reputa ilícita, *iuc videtur jilicitum esse hoc, quod datur".* Cf. KINO TZSCHIRNER *(De indole «e natura promissionis popularis "Auslobung" quam vocant,* 91 s.).

Até aqui o que o texto nos fornece é apreciação da causa; e talvez se pense, como os mais dos pandecistas alemães, que a L. 15 prova, de si só, a obrigação natural na promessa. Mas é tresler! Uma coisa é a promessa, e outra, a efetuação do que se fez condição à recompensa. Para se afirmar que a promessa de recompensa obrigava *naturahter,* fora mister que o executor do serviço tivesse direito ao quanto prometido. desde que o fizesse; no entanto, o que se vê das palavras da lei é que a própria obrigação natural nasce do fato, não de executar a coisa ou condição aposta à promessa, mas de *instruir* o dono do escravo. Nesse momento é que os informantes costumam (solente) fazer com que se lhes dê (até ai vai o "mercedem huius rei *accipere,* etc....) um tanto, para que indiquem, *et sie irtdicare.* A lei contém segunda parte, mais preciosa: Se o *dominus* não paga, mas se intervém pacto de recompensar o informante, isto é, *"se indicasse e apreendido fosse o fugitiva, a* é *daria certa soma",* ~o informante terá ação? Em verdade essa ~convenção não é pacto nu, e não se pode dizer que o pacto não produza ação, pois que tem em si certo negócio (contrato), o que pode gerar a ação civil, isto é, *meseriptis verbis;* salvo se disser cabível na espécie ação de dolo, de que o informante argua o *dominus.* A tradução, a que procedemos, por si só comenta, porque se vislumbra apenas a promessa, que passou e se esvaiu, e só se nos depara, como motivo mesmo da controvérsia, o pacto *direto,* digamos assim: não havia, entre os Romanos, a atuação social, que desse acionabilidade; mas uma coisa é a promessa, outra, a execução dela e apresentação do serviço, ou coisa, ao promitente; e outra, ainda, a convenção de pagar o serviço feita no momento em que o informante, o inventor, o executor do serviço, *estipula* a paga ou aceita diretamente a promessa, que já então não tem nenhum caráter de promessa ao público. Se analisarmos as relações do direito romano, veremos:

a) Que a promessa ao público parece ter sido destituída de ação em favor do promissário, porém também não era *50* obrigação natural. O fato unilateral para produzir obrigação" precisaria da regra social,

expressa na lei.

O direito natural não lha daria, porque Esse é, por definição, direito não querido.

Porém negar, em absoluto, que houvesse acionabilidade seria temerário. O que faltava era, provavelmente , a *concepção* nítida, revelada, da unilateralidade, de origem germânica.

b) Executado o serviço ou achada a coisa, o executor ou inventor apresentava-se ao promitente: o fato de adimplir o que se queria dava-lhe *causa* para receber, "devidamente", a recompensa; então, o que se lhe desse seria bem dado, não se poderia repetir por enriquecimento injustificado: houve motivo para Ibo darem, e motivo lícito. Portanto: não no momento de prometer, mas depois da execução completa do serviço, é que nascia a obrigação, "natural" no preciso sentido dos Romanos, que não é exatamente o filosófico. Completa, dissemos. A execução (achar, fazer, etc.) nem sempre basta; mister seria o *entregar,* o instruir, etc. O papiro da época dos Lagides é expressivo.

c) Se a pessoa que se apresentou, informa ou presta o serviço, porque diretamente lho sugeriu a promessa verbal do *dominzgs,* há, não um pacto que não gera ação, mas um verdadeiro contrato verbal, que não se deve confundir com o outro negócio da promessa ao público.

A estipulação, como todos sabemos, fazia obrigatórias as convenções, mercê de cerimonial simples e fácil: interrogação verbal do credor, e resposta do devedor: *Spondesne? Spondeo.*

Proinittisne? Promitto. Fidepromittisne? Fidepromitto.

O texto da L. 15 diz que a convenção não é nua, não constitui pacto sem ação, pois que tem em si mesma espécie de negócio *<habet in se negotium aliquod)* ; protege-o a ação civil, *[id eM, vraescriptis verbis].* A explicação da *a.itio,* no que pusemos, entre coichêtes, é interpolação justinianéia, confonne o mostrou OTTO

GRADENWITZ (cf. *L.* 5, § 1, D., *de verborum obligationibus,* 45, 1: *"Stipulatio* autem est verborum conceptio, quibus is qui interrogatur daturum fucturumve se quod interrogatus est responderit"). Bem assim, segundo A. PnNrcr e TH. MOMMSEN, tudo o que se segue, no tocante *à* ação de dolo: "nisi si quis et in hac specie de dolo actionem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur".

A ação não nasce enquanto não se resolve a promessa em convenção, em pacto, *duorum consensus;* quando a obrigatoriedade vem, em

virtude da ação em favor do executor, já se entabolou o negócio com pessoa determinada (L. ARNnTS, *Lehrbuchder Pandekten,* 409). Não será diligência vã conferir a L. 3, § 4, D., *de condictione causa data causa non secuta,* 12, 4, e a L. 43, §§ E e 9, D., *de fuflis, 47,* 2, onde por sinal se tem exemplo de promessa a pessoa determinada e argumento relevante em prol da não acionabilidade da promessa e da nenhuma obrigação natural até à entrega. Baste-nos reproduzir o § 9, em que se levanta a questão de cometer ou não furto o que pede a recompensa para dizer onde se acha a coisa perdida:

"Quid ergo, si EUQETQa quse dicunt petat? nec hic videtur furtum facere, etsi non probe petat aliquid". Que se há de dizer se a pessoa pede recompensa pelo serviço, ou pela informação e somente disso se cogita no texto? Também aí não se compreende que cometa furto, posto que não haja grande probidade em pedir-se algo. Aliás, o texto é mais forte ainda: "non probe". Mais claramente: embora no pedir cometa o informante um tanto de não-moral, por exemplo, se não havia razão de paga a seus serviços, que os não fêz, ou de sua ciência, que foi de acaso.

2."POLLICITATIO" E OFERTA AO PÚBLICO. Extensão da *polliitatio* à oferta ao público, o instituto moderno de promessa obrigatória, ou, em geral, às declarações unilaterais de vontade, imbilateralizáveis ou destinadas à conclusão de negócios jurídicos bilaterais, constituem problema, tanto mais Interessante quanto se sabem as várias funções que exercem modernamente tais relações jurídicas. O fato de ser vinculativa a promessa não exige a derrocada do edifício do *vinculum inris* no direito. Tais efeitos são perfeitamente compreensíveis, ainda para os que reputam o contrato, no sentido filosófico, o dado especifico da ciência jurídica.

Mas perguntar-se-á ~ como se estenderiam os princípios da *pollieitatio* à oferta ao público e, o que é mais, à promessa de recompensa?

É o que nos cumpre versar.

Depara se nos, a cada passo, no direito imperial, série de regras jurídicas, que fazem obrigativa a promessa de particular em beneficio de uma cidade. 5. SCHLOSSMANN negava que se tratasse de promessa unilateral; porém disseram-no os próprios textos (L. 3, pr., D., *de poflicita.tionibus.* 50, 12): "Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum". Ono KARLOWA, E.

REGELSEERGER e os mais pandectistas discordam da interpretação não unilateralistica. Para nós, a questão assume feição diferente: reduz-se à verificação de fato sociológico. Antes, porém, conheçamos melhor o instituto.

Trata-se de declaração unilateral de vontade, que a lei romana faz obrigativa, no intuito de favorecer as cidades, ou, talvez, o próprio Estado. Tem-se, pois, obrigação em que se vê, claramente, o sujeito passivo e o beneficiário. Daí dizer-se que a *poflicitatio* se dirigia a pessoa determinada, no que se distingue da promessa ao público. Perfeitamente: e ai mais uma prova de que o sujeito ativo da *obrigação* na promessa de recompensa não é a totalidade dos indivíduos executantes, como não são *todos* os portadores os sujeitos da relação jurídica *obrigacional* nos títulos inominados.

Mais uma vez é de par-se em relevo a distinção entre *vincularização* e *obrigação* . Pode haver dever e não haver obrigação; do outro lado, há o direito e não há a pretensão. No direito romano e no germânico, que ia além, a vinculatividade pode resultar do ato unilateral, ilícito ou lícito. Ali, a parecença entre os dois sistemas jurídicos era maior; aqui, o direito germânico, que mais atendia ao lado do devedor, do que ao do credor, necessariamente conhecia maior possibilidade de vinculação por atos lícitos unilaterais.

Para que a lei intervenha, para que se exerça a ação do Estado em função de providência social, não se faz mister a indeterminação do sujeito. A indeterminação constitui um dos motivos para a necessidade de tal intervenção; não é o único. Ao lado de usos extra jurídicos da vida corrente, como a promessas de recompensa em Roma, moveram-se os governantes romanos a acautelar os interesses das cidades, e seria explicável que estilasse a obrigatoriedade aqui, e ali não. Ou do Estado (contra, H. DnNnurcc, *Pandelcten,* II, 23; cf. F. REGELSEERGER, *Streifziige im Gebiet des Civilrechis,* 27). A respeito RENÉ WORMS *(De la Volonté unilatérale, 43):* ..... à cotê des mota *civitas, pat ria,* qai bien évidemment désignent une ville provinciale, on rencontre dans les textes le mot *respublica,* qui peut s‟appliquer à l‟ttat lui même. De telle sorte qu‟il faudrait

peut-être, élargissant notre formule, dire plutôt: “la pollicitation est une promesse unilatérale faite à l‟ttat ou à une cité” d‟autant qu‟il est rationel d‟admettre que l‟Éêat était au moins aussi bien traité, dans ses rapports avec ses débiteurs, que les cités provinciales particulières”. Assim, B. WINDSCITEW *(Lehrbuch des Pandektenrechts,* II, § 304). 1 <. VON JRERING *(Der Zweck im Rechi,* 1, 474) escrevia na mais filosófica de suas obras, a que bem podemos chamar a síntese de

todas: “O jurista só lhe nota”, referia-se ele à pollicitatio,

“o elemento jurídico formal da força vinculante da promessa unilateral, e não presta atenção à sua importância social. E essa se acha em que a *poilicitatio* é a forma da fundação entre vivos; constituí o correspondente da fundação testamentária”. E continuou “Quanto *á liberalidade social,* as duas se confundem. O antigo direito romano nunca reconheceu como noção independente a liberalidade feita *inter vivos* ao indivíduo (doação) ; mas aceitou, multo cedo, a liberalidade social entre vivos, e assim pôs de lado o escrúpulo técnico que a teoria dos contratos opunha à *poUicitatio,* na necessidade do consentimento mútuo”.

Cf. “liberalitates in civitates collatae”, L. 3, § 1, *de pollicitationibus,* 50, 12; “donationes, quae in rem publicam fiunt”, L. 1, § 1.

Os legisladores romanos intervieram, pela lei, para insuflar obrigatoriedade; em vez de consentimento mútuo, entre o promitente e o beneficiado, o direito romano, o Estado, que melhor o diz, lançou a lei, que ficou, no ambiente social, como atributiva de vincularidade, dependente apenas a obrigação, para se irradiar, do negócio jurídico unilateral. Daí II. vON JHERING ver na *pollicitatio,* tanto quanto se dá na promessa de recompensa e nos títulos ao portador, liberalidade cujo sujeito-fim é a própria sociedade, portanto *incerta persona* Era obrigatória a promessa, a *pollicitatio,* se feita em virtude de justa causa, *ob honorem decretum sibi vez decernendum,* ou quando se houvesse iniciado a execução. Nas justas causas várias se incluíam: o ter obtido, para si ou para terceiro, cargo, honra ou função, o estar a cidade beneficiada em ocasião de calamidade, ou outra qualquer justa causa. Se a promessa à cidade fora sem causa, o promitente não se obrigava por sua promessa; e assim decidiram constituições antigas e modernas (L.1, *§* 1, IX, *de poliicitationibus,* 50, 12). Não se tirou, porém, que a causa fosse “sempre essencial”, coni nosso com pretenso estar se nos textos, lembrado juris 25) (M.17. CARVALHO DE MENDONÇA, *Á*

Vontade unilater. se o promitente infriou o cumprimento, a obrigatoriedade execução a onde, pois, a essencialidade da causa? O começo validava, tão pouco a policitação; o que se dava era da obrigatoriedade em quaisquer casos, desde que antecipou a. exercer o prometido.

O jurista holandês O. WTTEWAALL *<Het Toonde.r.Or* ato 14 s.) considerou ~s obrigações oriundas de vontade *~elicto;* unilateral no mesmo pé que as *ex delicto* ou *ex quasi e* spécie porque nelas há,

nomeadamente nos títulos ao portador,

Na L. 5, D., *de poilicitationibus,* 50, 12, ULPIANO diz: “Charidemo respondit ex epistula, quam muneris edenq~ grafia absens quis emisit, compeili eum ad editionem non PO~, Os imperadores Antanino e Vera decidiram, em ríto que a promitente de uma obra não podia substituir por dinheiro. Não cabia ao palicitante o direito ou a facuídMe de se arrepender. A cidade podia intentar ação contra ele <e. u

.,L.1S,

D., *de pouicitationibus,* 50, 12). Promitente e herdeiras respondiam. Mas, se o policitante prometeu sem causa, as herdeiros respondiam por partes, o que era variável conforme o caso; se o promitente caía em miséria porque policitoil, Obbte pela quinta parte dos seus haveres (L. 9) gavas DEsses pequenos dados que juntamos, concluira alguns escritores que se tratava da “vontade unilateral”.

Primeiro, devemos chamar a atenção, e mais uma Vez para o impróprio do dizer: não se trata de “vontade unilateral, mas de “declaração unilateral de vontade”, o que é outra coisa. Segundo, a policitaçao não obrigaria, se lhe não desse ~ efeito a lei romana. Se houvesse regra jurídica que *obrigação* cidadãos romanos a pôr na praça pública estátuas que lhe pertencessem, não seriam menos obrigados os que as tivesse com a lei teria sido cogente e o ter estátuas a *condicio iuris.* O argumento veio a ponto, porque é lá mesmo, no título das Policitações , que se nos depara a declaração prévia de que a ordem it Estado, ou da cidade, que tanto vale dizer “respublica”, a obriga (L. 6, *§* 3: “Si cui res publica necessitatem imposuex‟j~ statuarum principi ponendarum, qui non promisit, non esse ~ necesse obtemperare...”).

Tanto não era a vontade *só* do policitante que a ~brigava, tanto se pressupõe a lei, que Antonino e Vera decidem na L. 13, *§* 1, que a cidade teria de executar as cláusulas, ~ *utitita,*. tia *publicae interest,* isto é, se de interesse público; exemplo:

O não se praticar um ato ou não se praticarem atos danosos. A *utilitas publica* é expressiva; e provam o princípio de providência social o serem admitidas e exeqüíveis a condições indiferentes ao bem público <L.

2, D., *de oneribus publicis,* 50, 10; L. 10, 13., *de poilicitationibua,* 50, 12) e o poder o policitante, que fez a declaração sem justa causa, antes de

começar a exequir o prometido, retirar o que policitou. Não seria vontade só, portanto; seria a vontade mais x que daria a obrigatoriedade. Esse z é a justa causa ou o princípio de execução, exatamente as duas *condicione* estipuladas pela lei, que era a expressão do interesse público, através da organização política então existente.

3.“VOTUM”. Era o *votum* outro modo de alguém se obrigar por simples declaração unilateral de vontade.

Podia ser dirigido a qualquer divindade: assim às antigas divindades latinas, como aos deuses gregos e aos orientais. Em princípio, todos os indivíduos podiam fazer votos religiosamente válidos, porque todos estavam subordinados aos deuses (RENÉ WORMS, *De la Volontá unilatérale,* 62) mas, civilmente , vinculativa só era a declaração unilateral de vontade, quando o dispunha a lei. Acertados andaram os compiladores do Digesto quando incluíram a regra Sobre o *votum* no título das polícitações, pois que, em sendo essas o tipo, justo fora que em seu regramento jurídico estivesse, coma instituto dependente, se pão como parte, o *votunt.* Os pais de família, púberes e *sui iuris,* obrigavam-se no direito romano, por seus votos; mas o filho e o escravo não podiam obrigar-se por seus votos, sem que o autorizasse seu pai ou seu senhor (L.

2, *§* 1, D., *de poilicitationibus,* 50, 12; B. BRISSONIUS, *De Vocibus ao Fonnulis,* 1, cap. 150 e seg., dizia que os votos sempre se concebiam no condicional), O *sui juris,* no votar, prometia, sob condição , que era fato dos deuses. Não se deve descrer da possibilidade do *votum* por pressuposição, ou até mesmo espontâneo, em recompensa de serviço especial, ou júbilo por feliz estado de coisas, O *Corpus Jnscriptianu*“*m Latinarum* dá-nos dois exemplos: um *pro beatitudine tempo-rum felicita>te que publici status imperji,* e outro, a singela e elegante dedicat5ría de capelinha rústica: *“Nymphig, quod soe pius usus sum hoc fonte, oedicula 1 acta”.* A! *já* não há a promessa, mas sim a realização de vontade. Todavi a, iniciada a execução ap6s a declaração da dedicatória, devemos admitir que fosse obrigatória, na conformidade dos princípios da declaração unilateral na vida romana.

Na ordinariedade dos casos o voto era condicional, assumia a feição de dom remuneratório.

O exemplo que logo nos lembra está em TITO Lívio *(História Romana,* X, 19). É o *votum* de Ápio, em pleno combate, mãos levantadas aos céus: “Beilona, si hodie nobis victoriam duis, ast ergo templum tibi voveo”, se nos dás hoje a vitória, eu, de meu lado, te prometo um

templo. No mesmo historiador, em passo anterior (V, 21), se lê o *votum* de Camilo a Apoio Fitico, em que se lhe promete a décima parte da pilhagem à cidade adversária, pois iria destruí-Ia sob sua inspiração:

"Tue ductu, inquit, Pythice Apoilo, tuoque numine instinctus pergo ad delendam urbem Veios: tibique hinc decimam partem praedae voveo". Vemos o cônsul, assistido do pontífice, votar a Júpiter (XXXVI, 2), se houvesse bom êxito a guerra contra Antioco, grandes jogos durante dez dias e prometer levar dons a todos os altares, com a quantia que o Senado consagrasse a isso, "populus romanus ludos magnos dies decem contínuos feeiet; donaque ad omnia pulvinaria dabuntur de pecunia, quantum senatus decreverit".

Outros votos lêem-se em VIRGILIO *(Aeneida,* V, 235; IX, 625>, em versos opulentos, „postos na bôca de Enéjas e de Ascânio.

§ 3.612. Direito comum alemão

1.VINCULARIDADE DAS MANIFESTAÇÕES UNILATERAIS DE VONTADE. No direito comum alemão, a vinculação, a obrigação e a acionabilidade ocorrem, pelo menos quanto *à* promessa de recompensa, e para isso concorreram os princípios do direito germânico, que não acentuava, como o romano, a individualidade das fontes das dividas e atendia principalmente à vontade de obrigação por parte do devedor (cf. EDUARD VIERECK, *Die Auslobung naeh> dem BGB.,* 1 s.). No Preussisches Allgemeines Landrecht e no Sachsisches Búrgerliches Gesetzbuch, o conceito n~o aparece preciso e uno. *Só* F. vON

SAVIGNY *(Das Obligationenrecht,* II, 90) combateu a acionabilidade da *Auslobung* no direito comum; mas no que concerne *à* explicação e compreensão teorética notáveis escritores entre si discordavam: de um lado, B. WíNnscHEm, R. VON JEERINO, A. VON VANOEROW, F. RECELSEERCER, PH. VON BtlLow, A.

ExNER e SCHUTZE viam na promessa de recompensa proposta dó contrato a *incerta persona,* era a *teoria do contrato* (Vertragstheorie); do outro, H. DERNBIJRC, 3. E. KTJNTZE, H. SIEGEL, Josn~ UNGER e G.

E. PUCETA aludiam à força obrigatória da própria promessa, era a *teoria da policitação* (Pollizitations theorie). Entre os seguidores dessa havia os que a ligavam à policítaçao romana, e outros, que a conceituavam como instituto de direito absolutamente independente

daquele. Entre os adeptos da teoria do contrato, havia os que a tinham por oferta de contrato de serviço *(Dienstvertrag)* outros, por oferta de contrato de obra *(Werkvertrag),* outros, por oferta de contrato inominado, e alguns, ainda, de contrhto unilateral. São questões que terão de ser versadas.

Voto célebre foi o de Oberammergau, feito por ocasião da peste de 1634. Consistiu em representar a população, de dez em dez anos, a paixão do Cristo. A peste assolava a Europa. Os camponeses de Oberammergau fizeram o voto, ingênuo e místico, de representar, com toda a pompa, e com as máximas aparências de verdade, a Paixão. Serviriam de atores os habitantes da aldeia. Se Deus os ouvisse e a peste poupasse a pequena Oberammergau, deveriam eles o que prometiam. E a peste passou. A aldeia nunca esqueceu o seu voto. Sempre o cumpriu, interessados na suntuosa representação todos os habitantes, do ferreiro ao burgo-mestre, que não raro fez o papel de Pilatos . Dá-se até certa assimilação da fisionomia das pessoas sagradas e, toda a vida, o ator procura obter o máximo de exatidão fisionômica e de cena. Apesar de não serem profissionais, conseguem resultados magníficos.

Quem, em votos, chamava Sobre si as graças divinas *(divos in vota vocare),* obrigacase pela promessa, e de tal pessoa se dizia dever votos aos deuses, *vota debere diis.* Se condicional adímplida pelo deus a condição, tinha-se o *ratum votum,* e por ele respondiam os promitentes, ou os seus herdeiros. Se não se implia a condição, irritos seriam os votos: *irrita vota.* A *dedicatio,* a dedicação, era meio de cumprir a obrigação votiva. O votante, em cerimonial (CICERO, *Pro domo, 47),* repetia, mios para o céu, a fórmula de consagração, que o pontífice lhe ditava; *e.* p., "do", "dico", "restituo", "sacro", em cumprimento da promessa (Trro Lívio, *História Romana,* XXXI, 9; 1,86; XXX, 21). RENÊ WORMS <*De la Volontá unilatérale,* 75), após referir a fórmula *vota solvere libens merito,* disse que ela bem mostra que, na intenção do consagrante, há menos dádiva a Deus do que a execução de verdadeira obrigação de direito e o pagamento de divida civil.

Cumpre advertir que o nome é *dedicatio,* e não *dita-tio,* como dizem REN~ WoitMs e M. 1. CARVALHO

DE MENDONÇÂ. (Cf. Tu. MOMMSEN, Abrisa des rômischen Staatsrechts, *Systernatisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft,* de KÀRL BINDING EI, 3], 220: "das Geltibde <*votum)* und die dasselbe erftillende Weihung *(dedica.ti,o*

Devemos concluir:

a) Que a lei romana fazia vinculativa e obrigatória a promessa.

b) Que o *votum* se expressava *do ut fadas,* mas e de crer pudesse ser a titulo gratuito.

e) Que a coisa votada ficava *res divini juris,* o que mostra a atuação direta da lei.

Não se tratava de contrato com os deuses, nem de vontade de se obrigar vinculativa de si só: havia, na espécie,o mesmo que na *poilicitatio,* o resultado de *condicio iuris.*

A diferença entre a *poilicitatio,* o *votum* e a promessa ao público, no direito romano, é que o Estado provia aos interesses que mais de perto lhe concerniam, os das cidades e os sacros, e descurava os de todos. Dai dizer A. W. OERTEL *(fie Lehrevota der Auslobung,* 47) que a oferta ao público e a promessa de recompensa são extensões dos princípios da *polticitatio* e afirmar J. UNGER que a teoria do contrato em favor de terceiro já se encontrava entre os Romanos.

2.PRECEDENTES LEGISLATIVOS. Algumas notas Sobre a legislação da promessa de recompensa.

Continham regras jurídicas a respeito da promessa de recompensa, da. *Ãuslobung:* 1. *Átigerneines Landrecht fitr die Preusa. Staaten,* Parte 1, Titulo II, *§§* 988 a 995.

2. *Buirgerliches Gesetzbuch fUr das Xónigr. Sacheeta, §* 771, quando o Código Civil austríaco, o francês, o *Landrecht* de Baden e o Código suíço das Obrigações nada estatuiam com referência a tal instituto.

3. Projetos:

a) *Entwurf eines Bi&gerlichen Gesetzbuchs fúr das Grossherzogtum Hessen,* de 1858, Parte III, arts. 198 e 206.

b) *Entwurf eines Riirgerlichen Gesetzbuchs flir das Kónigr. Bayern,* de 1861, Parte II, arts. 758 a 761.

c> *Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Gesetzes liber Schzddverhdltnisse,* de 1866 (FRANCKE), Parte II, arts. 681 a 686.

d) *Entwurf eines Buirgerlicken Gesetzbuehs flir das Deutscke Reich,* 1.~ Comissão de 1888, Livro II, Título VIII, *§§* 581 a 584, e 2.a Comissão de 1894, Livro II, Parte VII, Titulo X, §§ 589 e 592.

Posteriormente, têm-se:

<1) O Código Civil alemão, com o título especial, *§§* 657-661(18 de agosto de 1896).

(2)O Projeto de Código Civil brasileiro, apresentado por CLOVIS BEVILÂQUA após convite do Governo (1899).

(3) O Projeto suíço para o Direito das Obrigações de 1905 *(Ent"wurf zum Obligationenrecht* de 3 de março de 1905), nrt. 1.023.

(4) *Bundespesetz betref/end die Ergdnzung des .schweizerischen Zivilgesetzbuches* vom 30. Mãrz 1911, art. 8

(Lei federal complementar do Código Civil suíço, de 30 de março de 1911, art. 8).

<5) O Código Civil brasileiro, arts. 1.512 a 1.517 (Lei n. 3.071, de 1.0 de janeiro de 1916, e Lei n. 8.725, de 15 de janeiro de 1919). Foi nesse Código que muitas regras jurídicas conseguiram a melhor expressão, de modo que três ou quatro apresentam louvável feição de esmerado acabamento. É uma das partes do Código Civil mais dignas de estudo, de iniciação prática, porém observados, inicialmente, os rigores de perfeito método científico no trato de tão fino, tão culto e tão delicado instituto, para o qual se voltaram os olhos dos grandes nomes da dogmática jurídica.

No momento em que nos achamos, na história do mundo, ainda terá a *Auslobung* largo caminho de evolução e de aperfeiçoamento somente desaparecerá quando desaparecerem o incentivo individual e o gosto, a necessidade e o passa-tempo de premiar. Não se pode referir a tal instituto o que talvez afirmássemos dos títulos ao portador: a transitoriedade (pelo menos quanto ao conteúdo pecuniário e à feição absoluta de transferibilidade vertiginosa). A promessa de recompensa sobreviverá ao capitalismo, às formas burguesas e individualistas das sociedades modernas e contemporâneas. No mundo sem fome, servirá para galardoar o esforço intelectual, Místico, moral, etc., isto é, aquilo que representará o *além* do que cada um devera executar para o bem de todos, para a felicidade comum (material e espiritual) da humanidade.

(O trecho que está aí escrevemo-lo em 1927, no livro *Da Promessa de Recompensa.* Os anos que se seguiram, mesmo nos Estados comunistas, vieram comprovar o que disséramos.) (a)No Projeto de CLOVIS BEVILÁQUA estatuía-se:

“Art. 1.633. A promessa de uma recompensa, feita por meio de anúncios públicos, a quem executar um certo trabalho ou praticar um determinado ato, obriga o promitente.

Art. 1.634. Quem quer que execute o ato ou trabalho, de acordo com os anúncios, pode exigir a recompensa prometida, ainda que não o tenha realizado em vista da oferta, salvo se o promitente houver, expressamente, exigido um ato ou trabalho adrede realizado, após a sua solicitação e por causa dela.

Art. 1.685. Antes de executado o ato ou trabalho, pode

O promitente revogar a sua promessa, contanto que o faça com a mesma publicidade que teve a promessa. Se tiver, marcado um prazo para a execução do ato, entende-se que renunciou ao direito de retirar a sua oferta, dentro dEsse espaço de tempo. Art. 1.686. Se a ação pela qual a recompensa é prometida for praticada por diversas pessoas, tem direito preferente aquele que primeiro a executar. Se a execução tiver sido simultânea, cada uma terá direito a uma parte igual na recompensa. Se esta não for divisível, recorrer-se-á então à sorte.

Art. 1.637. A fixação de um prazo é condição necessária para a validade .da recompensa publicamente oferecida como prêmio de um concurso.

§ 3.612. DIREITO COMUM ALEMÃO

§ 19 A decisão da pessoa designada como juiz nos anúncios *é* obrigatória pata os interessados.

§ 29 Na falta de pessoa designada para julgar o mérito nos trabalhos apresentados, entende-se que o promitente reservou para si esse direito.

§ 39 Se os trabalhos tiverem mérito igual, proceder-se-á de acordo com o ad. 1.636.

Art. 1.638. A propriedade da obra feita para o concurso de que trata o artigo antecedente só pertencerá ao promitente se na publicação da promessa tiver estabelecido essa cláusula”.

(b) No Projeto revisto pela Comissão nomeada pelo então Ministro da Justiça aparecem as regras do Projeto, mas já alteradas em vários pontos:

“Art. 1.806. A promessa de recompensa ou gratificação, feita por meio de anúncios públicos, a quem prestar certo serviço ou preencher certa condição, obriga o promitente.

Ad. 1.807. Quem quer que tenha prestado Esse serviço ou preenchido essa condição, nos termos do artigo antecedente, pode exigir a recompensa prometida, ainda que não o tenha feito por causa da promessa.

Art. 1.808. Antes de prestado o serviço ou preenchida a condição, pode o promitente revogar sua promessa, contanto que o faça com a mesma publicidade.

Se tiver marcado o prazo para a execução do ato, entende-se que renunciou ao direito de retirar sua oferta, dentro dele.

Art. 1.809. Se o ato para que se faz promessa for praticado por diversos, prefere aquele que primeiro o executou.

Se a execução tiver sido simultânea, cada um terá direito à parte igual na recompensa.

Se esta não for divisível, recorrer-se-á à sorte.

Art. 1.810. A determinação de prazo é condição essencial para a validade da recompensa publicamente *prometida* como prêmio de concurso. Além desta condição; observar-se-á também o seguinte:

§ 1.0 A decisão da pessoa designada como juiz nos anúncios é obrigatória para os interessados.

§ 2.0 Na falta de pessoa designada para julgar o mérito dos trabalhos apresentados, entende-se que o promitente reservou para si Esse direito.

§ 3.0 Se os trabalhos tiverem mérito igual, proceder-se-á de acordo com o art. antecedente.

Ad. 1.811. A propriedade da obra feita para o concurso, de que trata o artigo antecedente, só pertencerá ao promitente, se na publicação da promessa tiver sido estipulada essa cláusula”.

(6)O Código Civil italiano (Decreto Régio de 16 de março de 1942), arta. 1.987-1.991, cogitou das *promessas unilaterais.* No art. 1.987, diz-se: “da promessa unilaterale di una prestazione non produce effetti obbligatori fuori dei casi ammessi daíla legge”. No art. 1.988, cogitou,

conjuntamente, da *promessa de pagamento* e do *reconhecimento de divida* (ricognizione di debito). No art. 1.989, da promessa ao público.

No ad. 1.990, da revogação da promessa. No art. 1.991, da cooperação de duas ou mais pessoas. Essas regras jurídicas ou já foram analisadas nesta obra ou o serão adiante. A referência à lei, no art. 1.987, foi infeliz. Não só a *lei* é o direito.

3.APLICAÇÕES DOS PRINCÍPIOS. Vejamos agora o que se encontra na prática judiciária. Temos de referir-nos às fontes alemãs, porém não podia ser senão assim: primeiro, porque já esboçamos o histórico da promessa de recompensa no direito comum ao Brasil e a Portugal, e no direito brasileiro, como a retinir leis de formação incaracterística, mas real; segundo, porque foi a Alemanha o berço, não do instituto, que, como tudo, tem raízes velhíssimas e imemoriais, mas da estrutura dogmática da promessa de recompensa.

Antes do Código Civil alemão, encontramos fontes memoráveis nos seguintes lugares: a) Direito comum:

Oberappellationsgericht de Ltibeclc, a 12 de setembro de 1840, e 28 de fevereiro de 1852, e de Kiel, a 27 de outubro de 1855 (J. A. SEUFFERT, *Árchiv fúr Entacheidungeta der obersten Gerickte ita deta deutschen Staate,* IX, n. 275-276, e 11, 217 a.) *; Oberster Gerichtshof* (Supremo Tribunal) de Munique, a 28 de dezembro de 1855 (J. A. SEUFPrERT, *Rlãtter fitr Recktsanwendung, zunãch.ts iii Bayern,* 22, 11) e 11 de abril de 1860.

Julgado do *Reickegericht,* a 26 de setembro de 1883 (L. VON R6NNE, *Erzdngung und Erliiuterung des Allgemeinen Landrechts 1-Ur die Preuss. Staa.ten, 1,* 7.‟ ed., 137, 243 s.).

c)Direito da Saxônia:

Oberappeltationsgeric,ht de Dresda, a dezembro de 1867, e *Oberlandesgericht* de Dresda, em 1882

(Ãnnalen des Klg. S&hs. Ober-Laradesgericht, IV, 252 s.).

d) Direito austríaco:

Julgado do *Oberster Geríchtshof,* a 24 de outubro de 1880 (A. W. OERTEL, *fie Lehre vott der Auslobung,* 21).

De tais informes de jurisprudência, que atestavam a vitalidade do instituto, tiraram alguns escritores que se tratava de relação muito mais fortes do que o vulgar das relações de conteúdo moral (direito natural) e se incentivava o sentimento de cortesia, de brio e de exatidão no cumprimento das promessas (F.

REGELSBERGER, *Civilrechtliche Er&rterungen,* 117; F.MOMMSEN, *Erôrterungen,* II, 137). Outros viram no fato a reação da ambiência, a forçar a sensibilidade moral e a exigir o respeito à própria palavra: o público não quer que se caçoe ou se abuse dele (Oro KARLOWA, *Das Rechtsgeschiift und seine Wirkung,* 276), e assim diligenciam impedi-lo os juizes, a pronunciar a vincularidade. Tais considerações, perfeitamente atendíveis, não somente confirmam a tese principal a necessidade da direta e rigorosa observação das relações sociais, bem como tudo o que afirmamos ao tratar das promessas ao público no direito luso-brasileiro e no brasileiro. A consciência jurídica revelou a vincularidade.

Não temos de insistir no conteúdo dessas - fontes, porque, por ora, o que nos cumpre é mencionar dados, de valor histórico inestimável.

.4. TEXTOS MAIS RELEVANTES. Merecem referência, para se facilitar a consulta, os artigos de leis estrangeiras, que tratam especialmente do assunto.

(a) Primeiro, o Código Civil alemão, *§* 658: “O que, por anúncio público, promete recompensa pela execução de ato, notadamente pela obtenção de resultado, é obrigado a pagar a recompensa ao que praticou a ação, ainda que não tivesse obrado com fito na promessa de recompensa”. *§* 658: “A promessa de recompensa pode ser revogada até à execução do ato.

Somente é efetiva a revogação, quando tornada pública da mesma maneira que a promessa, ou quando se faça por comunicação particular. Na promessa de recompensa pode renunciar-se à revogação; na dúvida, há renúncia na determinação de prazo para a prática do ato”. *§* 659: “Executada a ação, para a qual foi prometida a recompensa, por muitos, pertence ao que praticou primeiro o ato. Executado por muitos ao mesmo tempo, pertence a cada um a recompensa, em partes iguais. Se não pode partilhar devido à sua natureza, ou se só um deve recebê-la segundo o conteúdo da promessa, decide a sorte”. *§* 660: “Desde que muitos contribuíram no resultado, para o qual se prometeu a recompensa, o que prometeu tem de partilhar, segundo critério equitativo, a recompensa, tendo em

consideração a parte de cada um no resultado. A partilha não é vinculativa se evidentemente não equitativa; conclui-se, em tal caso, pelo julgamento. Se a partilha feita pelo promitente é considerada não vinculativa por um dos compartes, tem o que prometeu o direito de recusar o adimplemento, até que os compartes tenham regulado entre si a sua situação jurídica (Berechtigung).

Qualquer deles pode pedir que a recompensa seja consignada a todos. Tem aplicação o estatuído no *§* 659, alínea 2, 2.~ frase". *§* 661:

"Promessa de recompensa que tem por objeto (a obtenção de) prêmio por concurso, somente é válida se determinado na publicação o prazo para concurso. A questão de se saber se um com corrente se apresentou dentro do prazo, ou, se, dentre muitos, tem jus a preferência, é decidida pela pessoa designada na promessa de recompensa, e, na falta de tal pessoa, pelo promitente. A decisão é vinculante para os interessados. Para os concorrentes que têm igual mérito, aplicam-se à distribuição do prêmio as disposições do *§* 659, alínea 2. A transmissão da propriedade da obra somente pode ser reclamada se na promessa se determinou que devia efetuar-se a transmissão".

(b)O artigo que nos interessa na Lei federal suíça , complementar do Código Civil, é o art. 8, a que oportunamente nos referiremos. Estatui tal regra jurídica: "quem promete, em concurso ou promessa ao público (durch Preisausschreiben oder Auslobung), para (a execução de) uma prestação, certa recompensa (eine Belohnung), tem que satisfazê-la segundo a sua proclamação (ou seu anúncio). Se desiste dela antes de realizada a prestação, tem de prestar àqueles que, firmados no anúncio, de boa fé, fizeram despesas, indenização, no máximo, até a importância da recompensa prometida, salvo se prova que, não obstante, não lhes seria bem sucedida a prestação".

Tal o que se estabelece no Código suíço das Obrigações.

Não podemos deixar de censurar o reiterado emprego da palavra *Leistung,* prestação, que diz mal e afeja a frase; Sobre ser mais exata, incomparavelmente mais feliz e elegante é a "execução de ato", constantemente empregada no Código Civil alemão e com que lhe traduzimos "Vornahme einer Handlung" (prática, execução, cometimento de ação). Aliás, na primeira alínea é evidente que se devia dizer "flir die Vornahme einer Leistung" e não "flir eine Leistung,", como está.

A expressão *Áuskundung,* proclamação, anúncio, aviso, designa maior

ou menor divulgação pública: supõe limitado o numero de pessoas, e afasta a hipótese de notificação individual (li. Osn, *Kommen,tar zuni Sckweizerischen Zivil,. gesetzbuch,* V, 4; ROBERT vON MAYR, *Die Áuslobung,* 17). A falta de detenninação dos destinatários, ainda que assaz vaga, pode ser reparada pela própria forma da promessa (E. SOEM, Uber Vertragsschlus unter Abwesenden und Vertragsschluss mit einer "persona incerta", 5

Zeitschri/t [tir das gesarnmte Handelsrecht, 17, 49). Esse é um dos pontos principais de interpretação das leis Sobre promessas ao público.

5. DIREITO BRASILEIRO. Havia no Código Penal de 1890 referência, não ao instituto, mas ao fato da promessa de recompensa. Assim, dizia o art. 825: "O criminoso que houver paga, ou promessa de recompensa para cometer alguma injúria, ou calúnia, incorrerá, além das penas respectivas, na multa do décuplo dos valores recebidos ou prometidos". Não usava das mesmas expressões, mas dizia o mesmo o art.

246 do Código Criminal do Império: "Provando-se que o delinquente teve paga ou promessa para cometer alguma calúnia ou injúria, incorrerá mais na (pena) do duplo dos valores recebidos ou prometidos". Ao direito civil não interessa a hipótese: o promitente não é obrigado a exequir o prometido e, pois, não tem ação o promiafrio se *publica a* promessa, não é válida e sim nula, por ser ilícito o objeto (Código Civil, art. 145, II>.

Certamente, o que se tinha no Código Penal era a promessa de pessoa a pessoa, regida pelo *contrato,* e não a *publicação.*

Mas, seria inconcebível a promessa de paga pelo crime em anúncio, ou em grupos, a determinada pessoa?

§ 3.613. As duas teorias principais

1.TEORIA CONTRATUALISTICA DA PROMESSA DE RECOMPENSA E TEORIA DA POLICITAÇAO . Duas teorias principais enliçaram se na concepção da promessa de recompensa: *a)* a teoria contratualística ou teoria do contrato *(Vertragstheor-ie)* e a teoria da policitação *(Pollicitationstheorie).*

Percebe-se a tendência romanistica.

a)A teoria contratualistica foi aquela que sustentaram PH. voN BtYLOW *(Abhandlungen liber einzelne Mater-ien des rõmischen búrgerlichen Rechts,* 270-280), R. vON JUERINO (Culpa in contrahendo oder Schadenersatz hei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Vertrágen, *Jahrb-Ucher fruir die Dogmatik,* IV, 93 s.), A. ExNER (Zur Theorie der Auslobung, *Kritische Vierteljahresschrift,* 11, 837-861), A.

KOEPPEN (Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden, *Jahrbiicher fruir die Dogmatik,* 11, 862 s.), A.

PERNICE *(Zeitschrift fuir das gesammte Handelsrecht,* 20, 294-297), F. REGELSEERGER *(Civilrechtliche Erórterung,* 196-227), H. SCHOTT *(Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden,* 140-148), SCHÚTzE

(Die Auslobung, *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts,* V, 38-87), R. SOEM (Uber Vertragsschluss unter Abwesenden und Vertragsschluss mit einer "persona incerta", *Zeitschr-ift fuir das gesammte Handelsrecht,* 17, 47 s.), A. voN VANGEROW *(Lehrbuch der Pandekten, §* 608, nota 2), 1K. A. D.

UNTERHOLzNER *(Quellenmdssige Zusantmenstellung der Lehrc des rõmischen Rechts von den Schuldverhãltnissen,* 1, 58), 1K. TzSCHTRNER *(Dissertatio de indole ac natura promissionis popularis"Auslobung" quam vocant,* 1 s.).

b>A teoria da policitação teve por si HEINRIcH SIEGEL *(Das Versprechen ais Verpflichtungsgrund,* 91-108), que foi o grande precursor, F. HOFMANN *(Die Entstehungsgriinde der Obligation,* 88 s.), 1-1.

DERNEURO *(Pandekten, II,* 7~a ed., *24* s.; *System des rõmischen Rechts,* ga ed., II, 554; *Lehrbuch des Preussischen Privatrechts,* II, 23 s.), R. vox HOLZSCEURER

§ 3613. AS DUAS TEORIAS PRINCIPAIS

<*Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts,* II, 254 s e 786), Oro KARLOWA *(Das Rechtsgeschãf t und .qeine Wirkung,* 244-247), J. E. KUNTZE *(Pie Lehre von den Jnhaber-papieren,* 1, *§* 11, nota 7, 42), O.

STOBBE *(Handbuch des deutschen Privatreches,* II, 101) e J. UNGn (crítica do livro de H. SIEGEL

Zeitschrif C flir das Privat- und õffentliche Rechi der Gegew. wart, 1, 869

s.).

Todas as outras teorias se prendem a essas. Em verdade, repulsa ou proclamação da unilateralidade.

Merece ser lembrado o texto legal, histórico, do *Preussisches Aligemeines Landreche,* 1, 11, *§* 988, que antecedeu a todos: "Auf nOtzliche Geistesarbeiten oder gemeinniitzige kõperliche Fãhigkeiten oder Unternehmungen õffentliche Belohnung auszusetzen, ist einem jeden erlaubt".

A teoria também apareceu no *Sãchsisches Biirgerliches Gesetzbuch, §* 770: "Das einseitige Versprechen einer Leistung ist unverbindlich"; *§* 771: "Oeffentliche bekannt gemachte einseitige Versprechen eines Preises oder einer Belohnung an eine unbestimmte Person fflr den FUi einer gewissen Leistung, erzeugen eine Verbindlichkeit ftlr den Versprechenden, wenn die Leistung erfolgt ist. Em solches Versprechen kann auf gleiche õffentliche Weise solange widerrufen werden, ais die demselben entsprechende Leistung noch nicht erfolgt ist". Semelhantemente, no conjunto, o *§* 672 do Heldscher Entwurt e o *§* 798 do projeto revisto.

Em três projetos predominou a teoria contratualística <no Projeto bávaro, art. 753; no Projeto da Héssia, art.

198 e no Projeto de Dresda, art. 681).

O Projeto primitivo alemão e o Código Civil alemão penderam para a *teoria da declaração unilateral de vontade* (cf. JuLIUS FISCHER, *Pie Auslobung nach dem 11GB.,* 22 e 25; KARL VON JACUBEZKI, *Bemerkungen vi dem Entwurf eines 11GB.,* 19, 77, 102 e 140). Isso não bastaria para que se reputasse a teoria acertada.

A adoção de sistema terapêutico pelos hospitais de uma nação não prova, cientificamente, em favor dele.

Demais, não há nenhuma doutrina exclusiva no Código Civil alemão; editou regras jurídicas, e não concepções. Com certo esforço, os contratualistas poderiam ver no texto legal a inserção das idéias deles.

Mas ia que serviria tal descoberta?

Nem a teoria do contrato, nem a da promessa, diz-se, satisfazem à ciência contemporânea (ROBERT VON

MAYR, *Pie Auslobung,* 151). Seriam sobrevivências do subjetivismo,

que em tudo procurava vontade, espécie de rasto do sujeito, e preocupação única dos dogmáticos do voluntarismo jurídico. Aliás, no terreno da prática, a diferença entre as duas teorias não é muito séria, não atinge as maiores questões do instituto da promessa de recompensa. a) Nem a teoria do contrato nem a da promessa postulam a necessidade da irrevogabilidade, ou de limitada ou ilimitada revogabilidade; b) nem uma nem outra exige, supõe‟ ou afasta a persistência da promessa após a morte ou incapacidade do promitente.

2.VARIANTES DAS TEORIAS CONTRATUALISTICAS. Teoria apareceu que pretendia existisse na promessa de recompensa oferta contratual a pessoa indeterminada. É a *teoria da promessa-oferta.* Assim os juristas franceses e os italianos, na sua quase totalidade. As conseqüências dEsse modo de pensar são como que elidentes do instituto. Reduzem-no a simples caso de oferta e protraem a vincularidade, a fim de conciliarem os dois conceitos: contrato e promessa. Ora, quem oferece não promete; quem promete faz mais do que oferecer. O consentimento bilateral é da essência dos contratos. À pergunta ~. pode a pessoa obrigar-se por sua só vontade? respondem negativamente: a opinião contrária, diz-se, romperia a tradição, considerada, desde tanto tempo, inestimável, reputada inatingível pelos lances de sofisma e pelas sutilezas de escola.

No seu tempo, escreveu R. POTRIER *(Oeuvres,* ed. de 1829, 1, *TraiU des Obligations,* Parte 1, 8): “La pollicitation, aur tennes du pur droit naturel, ne produit aucune obligation praprement dite; et celui, qui a fait cette promesse, peut s‟en dédire, tant que ceife promesse n‟a pas été acceptée pas celui à qui elIe a été faite, car ii ne peut y avoir d‟obligation sans un droit qu‟acquiert la personne envers qui elIe est contractée, contre la personne obligée”. O texto é revelador. E o jurista francês insistiu: “... de même que je ne puis pas, par ma seule volonté, transférer à quelqu‟un un droit dans mes biens si sa voIonté ne concourt pas pour l‟acquérir, de même je ne puis pas,par na promesse, accorder à quelqu‟un droit contre na personne, jusqu‟à ce que sa volonté concoure pour 1‟acquérir, par l‟acceptation qu‟elle fera de ma promesse”. Quanto diferiu a argumentação de RENÊ WORMS! Não resistimos à sedução de provocar o contraste: “Je ne puis”, escreveu RENÊ WORMS *(De la Volonté unilatérale,* 5 s.), “assurément, modifier Ia situation d‟autrul par ma seule volonté: ce serait empiéter sur ses droita. Mais je dois pouvoir, par ma seule volonté, modifier ma propre situation: car j‟ai des droits souverains sur mol-même. Je puis, donc, par une declaration unilatérale, m‟obliger envers autrul”.

Os redatores do Código Civil francês, parece, não supunham pudesse uma obrigação nascer da vontade do devedor, sem outra, que representasse a do credor. E não há motivo para nos admirar: pelo menos a *priori,* tratadistas recentes ainda consideram iníquo ficar alguém ligado por oferta que ninguém aceitou *(e. g.,* BATmRY-LACÃNTINERIE e BARDE, *TraiU théorique et pratique de Droit Civil,* XII, 1, 37). Tem-se a policitação como a oferta, ou a promessa, que ainda não foi aceita, e assim se pretende explicado o passo do Digesto: *poilicitatio est solius offerentis promissum.* Para alguém se obrigar, preciso é que sejam duas as pessoas: uma que promete, e a outra que aceita a promessa. A bilateralidade seria essencial ao direito, porque os fenômenos jurídicos são fenômenos sociais e, portanto, de relação, e todas as relações pressupõem dois pólos. A confusão de conceitos é evidente.

Percebe-se, na discussão, que se põem os juristas divergentes no plano da *eficácia* dos fatos jurídicos, aí, do negócio jurídico em vez de examinarem o problema no plano dos próprios fatos jurídicos. O negócio jurídico unilateral é um dos fatos jurídicos. Pergunta-se se ele existe, ou não. Isto é: se pode o negócio unilateralmente concluído entrar no mundo jurídico e vincular, como pode vincular o ato ilícito, o ato-fato ilícito e até o fato *stricto sensu* ilícito.

No direito privado, por isso que a bilateralidade *visível* ~ mais vulgar, não corriam muitas dificuldades aos contratualistas ortodoxos; porém no direito público os obstáculos cresceram de monta. Dai proveio menor apreço ao conceito tradicional e anacrônico: a onda unilateral quase reduz o direito a uma ciência de *deveres,* a exótica deontologia jurídica. E tivemos o espetáculo distraente da luta entre duas teorias irredutíveis, enclausuradas em seus dogmas. Não é preciso esmerilhar, mais uma vez, a causa do desvio científico; evidencia-se a inaceitabilidade filosófica do método, que, embora entre si divergentes, urna e outra adotaram: o método subjetivo.

Sem que seja aqui o momento próprio para conclusões. observemos, desde logo, que os argumentadores pensam em relação jurídica, *que é efeito,* para exigirem que todos os negócios jurídicos sejam bilaterais. Não percebiam e não percebem que a unilateralidade é da *vontade:* um, só do seu lado, se se vincula e se obriga. A relação jurídica, que se constitui, irradiando-se do negócio jurídico unilateral, essa é bilateral, tem os dois pólos, o devedor e o credor.

<a) Quando se cogitou de formular a teoria contratualística, a primeira concepção foi a do *contractus cum incerta persona.* Está em E. F. SOUCHAY, em 1882 *(Zeitschrift [Ur Civilrecht und Prozese, X,* 43 s.),

G. F.

PUCHTA *(Kursus der In.stitutionen,* 3~a ed., 59), C. F. VON GERBER *(System des deutschen Privatrechts,* g~a ed., § 160), EMIL HOPPMANN (Uber die Natur des Papiergeldes, des Papieres *au porteur* und des Wechsels, ihre gegenseitige Verwandtschaft und Verschiedenheit, *Árchiv fiir deutsches Wechselrecht,* V, 258) e em E. vON SÂvrnNY *(Das Obligationenrecht,* II, 88).

As primeiras criticas foram feitas por escritores alemães e austríacos, principalmente A. RENAUU (Beitrag zur Theorie der Obligationen auf den Inhaber, *Zeitschrift flir deutsch,es Recht,* 14, 329 s.), J. UNCER *(Die rechtliche Natur der Inha,bervapiere,* 106) e J. E. KUNTZE *(Di.e Lehre vorn den Inhaberpapieren,* 1, 148

s.). A unilateralidade, que eles opunham, não satisfazia. O caminho, que nos aprouve seguir, foi o da investigação metódica, rigorosa, a análise das relações, e os resultados, se mostraram a inanidade da teoria do *contractus cura incerta persona,* não deram ganho de causa, integralmente, aos unilateralistas extremados: evidenciaram o particularismo, o subjetivismo de uns e de outros.

Trata-se de problema de fontes das dividas e das obrigações: se o negócio jurídico pode ser unilateral; portanto, se há, entre os fatos jurídicos (fatos que entram no mundo jurídico), uma espécie, que é a dos negócios jurídicos unilaterais.

Não se tinha de indagar se a relação jurídica podia ser só com um pólo, o *devedor.* Tinha-se de responder à pergunta: o negócio jurídico pode ser unilateral?

(19 A teoria do contrato teve em O. VON VÓLDERNDORF‟F decidido seguidor *(Ruiitter /1k Rechts anwendung,* 25, 181). Foi ele um dos mais diretos criadores da construção dogmática contratualistica. Para ele, no direito comum (alemão) moderna, trata-se de locação de serviço, ou de contrato de obra, contrata análoga ao de honorários, com a particularidade de ser determinada a outra parte, não por sua pessoa e por seu nome, e sim por pressuposição.

Ressalta o artifício da explicação. Há verdadeira cata de figuras particulares, com o intuito de ser composto o instituto; mosaico de tijolos inajustáveis, de cores e traços diferentes, a teoria (se assim lhe podemos chamar) de O. VON VÔLDERNDORfl teve o grande pecado de não explicar: afirmou, dogmatizou. Note-se bem: locação de serviços; analogia com determinação de um figurante, e de outro não ;

alusto à pressuposição

§ 3.614. Posição do problema após as críticas às teorias contratualisticas 1.COMPARAÇÃO DE INSTITUTOS. Talvez fosse mister (diz-se) pelo menos para apurar o valor das teorias distinguirem se, como dados reais, isto é, colhidos na vida, das ofertas e das promessas ao público obrigatórias os meros convites, sem eficácia vinculante *(invitationes ad offerendum).* Isso seria como verificação de doutrinas do orgânico pela separação entre Me e o inorgânico, o que encheria a discussão de diversos rios metafísicos. De certo que havemos de ter em conta os casos de não vincularidade, mas será o que residualmente nos ficar da análise das relações em que se manifesta o caráter vinculativo.

Tais *invitationes ad olferendum,* definia-as 3. G. BREMEN *(De Tractatibus,* 2) do seguinte modo:

"Propositiones conventionem antecedentes, quibus partes absque animo obligandi sim invicem contrahendi declarant".R. SOHM dá às ofertas juridicamente eficazes, válidas, obrigatórias, o nome de ofertas *in incertam Jiersonam.* Porém reserva o de ofertas ao público, denominação em que se evidencia a intenção abstrativa, às *invitationes ad offerenduin.* Não há dúvida que pretendia R. SOEM (Vertragsschluss unter Abwesenden und Vertragsschluss mit eíner "persona incerta", *Zeitschrift flir das gesa~mmte Handetsrecht,* 17, 47 s.), caracterizar a oferta obrigativa como a *uma* pessoa, ainda indeterminada, mas determinável, do público. Ao próprio ato de aceitação caberia tal designação do *outro* sujeito da relação jurídica. As *invitatianes ad offerendum* seriam simples convites, demasiado incertos, abstratos, sem direção subjetiva, para que pudessem obrigar ao oferente.

A explicação de R. SOBM pareceu plausível, não só pela feição lógica, que apresentava, como pela inteireza, com que satisfazia às exigências de boa construção dogmática. Verdade é que os fatos não a confirmam e antes a desmentem: n~o há entre as duas categorias, ofertas vinculantes e ofertas não vinculantes, distinção perfeita, como não existe entre o direito e o não direito, o orgânico e o inorgânico.

Devemos afastar todas as noções de ser, para somente atendermos às noções de relação. É a lição de BAOON; é a lição da ciência moderna, que não pode mais abismar-se em pesquisas de natureza, como aprazia a escolásticos e a metafísicos.

Por outro lado, a separação era artificial: expulsava do quadro das

relações vinculativas muitas ofertas, que o eram. Assim acabam todas as teorias, jurídicas, ou não, desde que não sejam simples induções . Observar os fatos e depois induzir.

Já em 1883 se propôs J. BmRMANN (Rechtszwang zum Kontralíiren, *Jherings Jahrbúcher,* 82, 267 s.) a empresa de mostrar que o critério lógico e restritivo de R. SOEM, sem a necessária elaboração científica, que só de fatos se faz, havia atirado ao grupo das *invitationes* algo que a ele não devia ser relegado, e deu provas da sua afirmativa. Em todo o caso, o critério que opôs ao de R. SOLIM não era, em si mesmo, definitivo, e não podia ser aceito pela ciência, senão como expressão feliz para a designação da sua teoria: a fungibilidade dos aceitantes. Posto que sem valor científico, demoliu a obra de R. SOHM, que postulava a juridicidade da determinação subjetiva, ainda que retardada pelo lapso entre a oferta e a aceitação, e a não-juridicidade das *invitationes ad offerendum,* que se

dirigiam ao público *in abstracto.* Combateu, em refutação coerente com as suas idéias, que o principio da irrevogabilidade, inserto nos códigos para as ofertas entre pessoas singulares, fosse aplicável às dirigidas *ad incertas personas.*

Cumpre não esquecermos a noção de *fungibilidade subjetiva,* que é assaz pitoresca. Todos sabemos o que são coisas *fungíveis,* coisas que podem ser substituídas por outras do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

Pois bem: o jurista lançou mão de tal conceito para arquitetar a teoria da fungibilidade dos sujeitos. No caso, dos destinatários.

J. HIERMANN conseguiria, com isso, o mesmo que, no direito de compra-e-venda e noutros contratos, a noção de *fungibilidade* objetiva obtivera.

Propôs HARTWIG NEUMOND <Der Automat, *Arch,iv fúr die civilistisehe Praxis, 49,* 166 s.) outro critério, bem parecido com o de R. SOEM, para distinguir as ofertas vinculantes e os avisos ou anúncios não vinculantes: a possibilidade de *antecipada mente* determinar-se o número de aceitantes. Assim, até à concorrência do número predeterminado, o oferente seria vinculado, e onde não houvesse a predeterminação não haveria vínculo. De acordo com tal critério, que, aliás, não é inferior a nenhum outro, e mais aproximado da verdade, que os outros, quase todas as ofertas e promessas vinculam. Mas se entendemos necessária a notificação numérica, poucas poderiam ser vinculativas, inclusive os aparelhos automáticos. O que nos parece

eis o que nos mostra a análise das relações é que não se podem adotar, em tal assunto, como em nenhum outro, critérios ou princípios *puros.* A vida zomba deles, como do homem *abstrato* ou *natural* da filosofia política do século XVIII, a que se devem os bens e os males da modernidade.

Cria li. MARSSON que a declaração de vontade do oferente ainda quando contenha todos os requisitos da oferta somente pode ser tida por oferta "válida", isto é, vinculativa, quando, por seu próprio conteúdo, faça *objetivamente* reconhecíveis os destinatários ou o destinatário <RICHARD MARSSON, *fie Natur des Vertragsschlusses,* 39). Não deixa de ser interessante e proveitoso tal critério de reconhecimento e não há negar o fundamento de observação, que pressupõe. Para se praticar o conselho de RICHARD MÃRSSON

será preciso, nem mais nem menos que o nosso método de análise das relações. E, então, *toilitur quaestio.*

A alguns pareceu absurdo referir-se a contrato com uma só pessoa a oferta dirigida a muitos, e observam que, por necessidade abstrata, a tal contrato deve corresponder oferta endereçada a uma só pessoa. Tais considerações têm apenas valor crítico; e, a propósito dos títulos ao portador, censuramos também ao contratualismo ortodoxo o querer explicar a existência do sujeito ativo da relação vinculante pelo apontar o *unus ex publico* e concluir com a afirmação da bilateralidade.

À abstração global "publico" recorreram, após .1. BIERMANN, juristas como WILHELM ZSCHIMMER, FRITz ScHILLER, PAUL KRÚCKMANN e outros.

Contra R. SOHM está WILHELM ZSIJHIMMER <*fie 0/ ferten an Publikum,* 1 s.), que seguiu a J.

BERMANN, porém com traços originais, que são, justamente, os dotes de análise, que mostra ter, e o uso que deles faz. Mas entre analisar e acertar pela análise (o que requere rigores de método e sobriedade no induzir) há grande diferença. Nas ofertas vulgares, a proposta é perfeita quando chega à cognição de destinatário (o autor pressupõe tal sistema para raciocinar, mas, se vigente outro, *mutatis mutandis).* No caso de ser destinatário o público, não seria admissível que se exigisse, para a perfeição, que *todo* o público dela tivesse notícia.

Deu FRTTz ScDHILLER *(Rechtsverhiiltnisse des Automaten,* 30 s.) ao dado psicológico enorme importância: a intenção do oferente é que há de decidir; a direção da oferta a muitas pessoas não obsta à sua

validade; é *na intenção do oferente ou proponente que se deve procurar o fio da questão.* Isso era sair de um subjetivismo, o de R. SOEM, que ele combateu, e cair noutro,.que não é melhor, nem menos inseguro.

Sente-se que todas essas teorias foram *ensaios* adaptativos, sente-se que se tateava e que se vacilava.

Mas também que se rumava para a verdade.

2.ATENÇÃO À POSIÇÃO DO FIGURANTE, DADO INSUFICIENTE PARA EXPLICAÇÃO. Alguns autores procuraram resolver, por simples prejudicial, a questão. É a pessoa, diziam, de quem parte a declaração, que inicia a revelação contratual. Porém, nas ofertas ao público, o oferente pode ser obrigado sem haver intenção de ser devedor; então, a iniciativa caberia ao credor, e ao devedor o aderir a ela *(e. g.,* GIovANNI BAVIERA, *L"Offerta aí pubblico,* 73 s.). Segundo tal opinião, nos negócios jurídicos unilaterais, não haveria razão para que não tomasse a iniciativa da relação jurídica o credor, em vez do devedor, o que se dá nos demais. Lembraram a *stipulatio romana,* em que outra não era (diziam) a posição dos sujeitos da obrigação: o credor solicitava a promessa do devedor. Contra, PAUL KRÚCKMANN *(Uber den Vertragsscкluss,* 5).

Não é lugar para voltarmos a argumentos, que já foram expendidos. Trata-se de mais um esforço para, em lugar de ferir, de frente, a questão, eliminá-la; mas eliminá-la com a afirmativa de deslocação de iniciativa, que nada explica e, quando muito, constitui fato, para o qual serão de mister a pesquisa, a análise e a explicação. Fato, que precisa de ser explicado, não pode servir para explicar o que é ainda mais obscuro e mais complexo do que ele. Demais, aceito que parta do credor a iniciativa, e a ela tenha de aderir o devedor,

~ onde a solução do problema que todo está na fase que medeia entre a probinessa ou a oferta e o ato do *unus ex publico?* Elidir tal período é modificar, alterar, escamotear, digamos assim, os termos liminares da questão, e não resolvê-la, o que somente se conseguiria com teoria ou construção que *explicasse* aquele lapso de tempo, que se pretendeu excluir, não para simplificar, mas para "afastar" o problema. A espíritos acostumados a análise não poderia seduzir tão falho critério: há o ato do promitente, a irrevogabilidade (às vezes), antes de qualquer ato do *unia ex publico,* e nada justifica saltar-se o cômodo e seguir-se por outra estrada. Não é assim que se vencem os labirintos. Os fatos não se adivinham, nem se refazem: decifram-se.

A palavra *explicação* de *explica,* dobras supõe algo que se desliga, que se desarticula e se desdobra.

3. ALUSÃO AO CONTRATO DE OBRA E AO DE EMPREITADA. Há quem considere a promessa de recompensa como locação ou contrato de serviços, particularmente de obra, e daí, além de uma série de conseqüências , por vezes aproveitáveis, a definição que se lhe dá: contrato de obra (empreitada) com forma particular de conclusão contratual (JOSEF KOHLER, *Lehrbuch des Rhirgerlichen Rechts,* 1, 549, e II, 356).

A simplificação

conceptual, Sobre digna de análise, seria sedutora. Reduzir a um instituto todo esclarecido, cujos princípios já foram aplicados e depurados na prática, um outro, que nos apresenta caracteres só teoricamente apreciados, máxime na prática, fora, em verdade, benefício intelectual de grande monta. “O contrato de obra não ocorre, com a oferta e a aceitação, entre duas pessoas determinadas, e sim com uma oferta *(Ántrag)* à totalidade do povo, à comunidade *(Votksgesamtheit)* e, depois, aceitação de alguém dentre o povo, *Annah.me von jemandem aia de*“*,n Volke,* e contrato cuja aceitação se operava pela execução de serviço, da obra chama-se isso promessa de recompensa, *Âuslobung”.*

Por vezes teremos de fazer referência às idéias de JOSEF KOHLER. Por enquanto limitemos as nossas considerações a critica sucinta. Três são os principais argumentos contra a sua explicação.

a) Colide com as tendências filosóficas do próprio formulador. A quem considera o direito fenômeno de cultura, manifestação da civilização, submetido, pois, às suas criações efetivas, instituto novo, como a promessa de recompensa, não deve ser reduzido a forma anterior, velha, de contratar. A diferença entre a empreitada e a promessa de recompensa está nos próprios conceitos e no quanto de cultura, que entre elas permeou. Esse elemento distintivo, índice de progresso, de civilização, de história, relembra o que se deu, em prístinos evos, com a troca e a compra-e-venda, pois que a sucessividade não se lhes pode negar, nem nos é permitido desprezar, a despeito da atual coexistência, as antecedências, a justaposição *no* tempo, a velhice relativa e a novidade de tais contratos. Nem a troca se reduz a *duas* compras-e-vendas, porque seria absurdo explicar o existente pelo que vai existir (e o método histórico toma, no ensejo, o inteiro domínio da investigação) ; nem a promessa de recompensa se há de desvestir de

seus caracteres próprios, a fim de se dessorar em simples contrato de obra, ou empreitada, pois que importaria negar-se aquela evolução hegeliana, que tanto inspirou JOSEF ROELER *(Enzvkloptidie der Rechtswissenschaft,* 1, 1.~ ed., 12 s.; *Einfiihrung iii die Rech.tswissenschaft,* 3 s.). Éle não apresentava a evolução como uma curva simples, e sim formada, a cada instante, de sinuosidades. Mas não se levou à absurdidade da *reversão* histórica, o que importaria negação de seu hegelianismo. Ao *fieri* hegeliano repugnaria tal idéia. Existir, segundo HEGEL, é surgir e passar; os casos individuais e finitos são apenas formas passageiras do universal, que, por sua vez, nada mais representa do que generalidade, soma lógica dos finitos. Ora, a imanência, que aí se afirma, só concerne à substância, e não à forma. As formas são irredutíveis, salvo no que se nelas encontra de *substância.* Sobre a filosofia hegeliana, nesse ponto, veja A. SCHWEGLER *(Geschichte der Fhilosophi.e,* 442).

Na história, uma forma surge de outra forma, como uma necessidade, que se impõe. Nada se cria em si mesmo ou de si mesmo; nada se compõe *ex nihilo.* As anterioridades, temos de considerá-las em toda pesquisa séria; mas o passado não está *inteiro* no presente,, nem fatos dEsse produzem *integralmente* eventos de antanho. A evolução realiza-se pela sucessão de fatos e formas novas, ainda que com o mesmo cabedal de matéria: a substância persiste idêntica a si mesma, a forma varia e progride. A reversão é impossível: porque *todos os fatos sociais têm em si a atuação de todos os elementos estáticos e dinâmicos da sociedade.*

Um poeta francês, PAUL CLATJDEL, de nobres maneiras no pensar, dizia, na sua obra *Art Poétique:* "La minute présente diffère de toutes les autres minutes en ce qu‟elle n‟est pas la lislêre de la même quantité de passé". Mas então £que vale definir esse mutável passado, que, mal se conta, muda, mal se observa, converte a si o presente e o futuro?

O naturalista, escrevia um dos propulsores da morfologia , há uns cinqüenta anos, A. GIARD (Morphologie, *De la Méthod,e dans les Sciences,* 1.~ série, 218), deve, após exame suficiente, distinguir um ser vivo e pó lo no lugar, que lhe convém, nas inumeráveis séries das formas realizadas; mas deve também encontrar nesse ser o conjunto das causas atuais e passadas, de que ele é expressão morfológica: "toute l‟histoire de l‟univers est écrite sur les ailes d‟une mouche". Verdade, para as ciências naturais, as frases do professor francês também o são em quaisquer disciplinas, nomeadamente as sociais. No direito de um povo, como em sua metafísica, há o índice total das forcas desenvolvidas ou latentes: a prova do que é a revisão das

possibilidades. Assim como, considerada em estado estático, em dado momento, toda forma organizada parecia a A. GIARI, como função dos outros seres , que o rodeiam, e dos fatores, por exemplo, climáticos, geológicos e cronológicos, da parte da terra onde ela está, assim também os institutos jurídicos refletem em si o estado geral do país, os elementos de ordem material, cultural, filosófica e moral. A promessa ao público, por exemplo, denuncia, no direito brasileiro, muita coisa, que o sociólogo deve rascunhar em seu livrinho de dados positivos: o muito de leitura e de ciência européia que se conseguira assimilar, a ponto de se adotarem, facilmente , instituições novas, a despeito de aferro assaz louvado ao velho direito peninsular, que mais subsiste no Brasil do que em Portugal; a influência da *cultura alemã ,* em meio de mais característico pendor e preferência pela *literatura* francesa e pela inglesa; o hábito de pensar, cientificamente, e o que nem todos os países possuem: a coragem de adotar; o nível relativamente não alto dos corpos legislativos e da política nacional, porém, às vezes, com a virtude de deixar ao jurista a sua seara. Assim vemos a mentalidade assimiladora de CLÓVIS BEVII4ÂQTJA e a ação de algum membro da Comissão extra parlamentar, com certeza LACERDA DE ALMEIDA <cujo espírito atestava a influência germânica direta) dotarem o país de novo instituto, o da promessa de recompensa, que a doutrina brasileira já reverenciava. As regras jurídicas dos arts. 1.512-1.517 reproduzem as regras jurídicas do Código Civil alemão, §§ 657-661, mas a gota de água não descora porção de carmim, nem o pingo de tinta posto em copo de água se conserva idêntico a outro pingo de tinta: regra jurídica tirada do Código Civil francês ou do italiano e inserta no direito brasileiro dilui-se na ambiência jurídica do Brasil, remodela-se, vive outra vida, e por vezes, embora igual na forma, *não dirá a mesma coisa.* Serve-nos de exemplo o art 521 do Código Civil. Os arts. 708 e 709 do antigo Código Civil italiano foram as fontes *formais;* mas as referidas regras jurídicas pressupõem, *lá,* o art. 707, para o qual não temos correspetivo : a regra *En fait de meubles possession vaut titre* nunca foi anunciada como regra jurídica, nem o é agora, nem sequer a tradição do direito brasileiro permitiria a forma atenuada do art. 707 do revogado Código Civil italiano. Assim, o direito italiano não serviu para interpretação; o que dizem os arts. 708 e 709 não é o que *está* no art. 521. A gota de água caiu em porção de carmim.

Toda a história do universo está escrita nas asas de uma mosca, consoante o dizer incisivo de A. GIARD. A paráf rase não é menos verdadeira: em qualquer regra jurídica do Código Civil *falam* ou *devem falar* todo o direito civil escrito e o não escrito. Todo Código Civil estatui através de cada artigo. Mais do que o Código Civil: a

Constituição, as outras leis civis (que as há, e tantas, além do Código Civil), os índices sociais de cultura, de religião, de moral.

Ora, se assim é, ~como reduzir-se o direito de hoje ao de ontem, a promessa de recompensa ao contrato de obra, a troca a *duas* compras-e-vendas? A variação *no espaço,* o diluimento nas migrações, ou nos replantios, não é mais expressiva do que a operada *no tempo.* Nem a promessa de recompensa, no direito brasileiro, pode ser *idêntica* à do Código Civil alemão, nem o contrato de obra basta à explicação fenomênica do novo instituto. E J. KOHLER tanto frisou a necessidade de "interpretar-se o direito de um povo com toda a sua cultura", atendendo-se aos fatores econômicos, e aos reflexos morais e religiosos, que se desenham ou se insinuam na lei! ~ Por que, então, tirar-se ao instituto da promessa de recompensa os seus caracteres próprios, aquela porção de considerações éticas, econômicas e até religiosas, que historicamente compuseram, no substancial, a moderna *Auslobung?* A redução da nova instituição jurídica a contrato de obra, ou de empreitada, ou se haveria de ter por simples assimilação *formal,* ou constituiria, filosoficamente

, contradição com o todo do pensamento filosófico de J. KoHLER. A~ situações sociais, os argumentos concretos (digamos assim), as realidades ambientes, que a rodearam na formação e rodeiam, .hoje, a promessa de recompensa, são outras, diversíssimas das que cercavam e cercam o contrato de obra, ou a empreitada. O direito tem que ser estudado, cientificamente, na totalidade das relações, naquelas mesmas relações que, embora sociais, em sentido estrito, determinam, modificam, alteram e encaminham os fatos do direito. Sempre que, em vez do conhecimento unitário, bem que, de origem, analítico, do direito, como processo de convivência humana, e de cada regra como ressonância de um todo de normas e circunstâncias, se procede a discrimes didáticos, não é científica a investigação: viria o anacronismo, em suas infinitas variedades, como a de se reduzir e explicar o atual pelo posterior (troca pela compra-e-venda), o de hoje pelo de ontem (promessa de recompensa, pela *poilicitatio).* Ora, a história do direito localiza no tempo, perfeitamente, tais institutos eles são *formas; a* rte dutiveis, pois, entre si. Há algo nos contratos de troca e de compra-e-venda que é idêntico (substância)~ e isso é objeto da indagação científica. Nota-se o mesmo nas *polticitationes* romanas e nas promessas de recompensa: a obrigatoriedade da declaração unilateral de vontade, e conseqüentes fenômenos externos de aparente auto-obrigação. O investigador, na análise das relações, há de mostrar a função fecundante da lei. Mas uma e outra não constituem um só fenômeno; são duas formas, dois acidentes, e uma só substância. Não é diferente o que ocorre quanto ao contrato de obra: há elemento igual,

o fazer, o satisfazer, o servir a alguém ou a outrem. Mas a empreitada e a promessa são entre si irredutíveis, como formas. E para o provar, pouco se precisa:

a vontade qualificada do executante é desnecessária, na *Auslobung;* quem quer que faça o serviço, ou satisfaça a condição, pode exigir a recompensa estipulada, ainda que o não executasse, ou não a aprontasse pelo interesse da promessa.

b). A assimilação tentada por JOSE? KOHLER também peca pela desigualdade de esferas e a inadequação do abrangido por um e outro dos contratos. A empreitada supõe pagamento; o *preço* da obra é essencial. Não assim nas promessas de recompensa: o promitente pode dar em recompensa simples valor honorifico, de mera distinção social e mundana. O caráter remunerativo do prêmio vai de máximo a mínimo. Às vezes orça pelo infinitesimal o que se lhe percebe de "pagamento". O instituto *quase* se confunde, de verdade, com a doação; e o processo de Josn KoHLn seria aplicável para apresentar a promessa como um caso de doação remuneratória, o que seria absurdo, "Dou cem mil cruzeiros a quem fOr ao baile de carnaval com a mais linda fantasia"; eis perfeita promessa de recompensa, em que a ausência de utilidade para o promitente (que é, caracteristicamente, doador), e até mesmo de utilidade humana apreciável, afasta & idéia de empreitada. O

vencedor não fez mais do que *vestir.* Ainda se pode excluir o fazer, e então nenhum será o caráter de serviço:

"Dou cem mil cruzeiros a criança mais sadia <lo Rio de Janeiro". Em tal exemplo, tão vulgar nas chamadas

"Festas da Criança", o fazer não existe. Não se cogita de ação do *li?? „* mas de verdadeiro elemento táctico independente da vontade imediata dos pais ou da criança premiada. Foi por isso que o Código Civil brasileiro, indo além do alemão, frisou: "fizer o dito .serviço, ou satisfizer a dita condição". Os concursos de beleza, a par dos de robustez, e até os de intuitos chistosos (e. q., o homem mais magro, mais gordo, mais gago, mais feio), constituem outros tantos símiles, e com pequeno esforço de memória e de imaginação, poder-se-ão enumerar dezenas de outros. Seria ridículo chamar a promessa de recompensa ao homem mais feio contrato de obra, ou de empreitada.

(Não é aqui o lugar para discutirmos se é séria a promessa ao homem "mais feio". Voltaremos ao assunto; mas, desde já, para que se mantenha a *virtis probandi* do argumento, imaginemos a promessa de

recompensa feita por força de disposição testamentária. Não se pode deixar de atender à vontade do testador.) À empreitada foge, por igual, a promessa consistente em *do ut des.* Diremos mais: o contrato de empreitada.

ainda pulando assuma feição de oferta ou proposta, regula-se pelas regras jurídicas do art. 1.080 do Código Civil, e na promessa de recompensa haverá, a mais, o elemento "incerteza", multidão, agrupamento público; não se pode negar que nisso se acha diferença: a vontade do proponente não vai *direta* a alguém; parte, mas não se assenta; não se depara o *alter* indivíduado. mas o *alter* geral, a ambiência, a sociedade. cuja lei já estabeleceu, invariável e igual a si mesma, a *obriga tomada de todas as flores? essas que se fizere ni conforme certos pressa postos.*

Ainda assim, há outro problema: ;pode ser unilateral a promessa de recompensa sem ser ao publico?

A unilaferalidade é <da manifestação da vontade; não da relação jurídica. Não há relações jurídicas unilaterais. não há relações, quaisquer, unilaterais.

Em conclusão: a explicação sistemática de JoSEF‟ KOIILER não atende (a) ás suas próprias asseverações filosóficas, e sabe- o valor que atribuía ao sistema filosófico no estudo e rato mesmo dos problemas jurídicos

, tanto~ assim que precisava e reputava necessária filosofia do direito que se entregasse em concepção <lo uni verso, *Wcltanseh e ?fll* g ; (*b)* à realidade de prática do instituto : às suas notas individuantes, ao irredutível do reli caráter como instituto autônomo; (e) à analise científica dos fatos mesmos que se compreendem na promessa de recompensa.

4.ATENUAÇÃO DA ATITUDE CONTRATUALÍSTICA. Os contratualistas, ora recorrem a sofismas. ora atenuam a sua ortodoxia. Entre os últimos esteve C. BUFNOIR *(Propriété* et *Cú~ trat,* 466 s.) : "Pois que o contrato exige o concurso de duas vontades, resulta que, em tese geral, a policitação, de si só, n4o produz nenhum efeito jurídico. Deduzo dai essa conseqüência que a policitação não precisa ser dirigida a pessoa determínada. Pode dirigir-se ao público; e, de feito, vemos todos os dias policitações que se endereçam a todo o mundo". Sente o embaraço das idéias, digamos, até, o manifesto psitacisruos, o fugidio dos conceitos: o espírito como que trabalha com

impressões falsas, irreais.

A teoria, alicerçada de bons conceitos, resvala no redutivo mo; cega-se, com o demasiado crer na infalibilidade dos próprios dados. Dela poder-se-ia dizer que teve parcela da verdade, as que Esse pouco de exatidão científica foi determinante de toi05 us seus erros ulteriores. Realmente, a bilateralidade é esse daí às relações jurídicas , mas não devemos *preconceber* os extremos pólos da relação jurídica e reputar a pessoa deter nada a única realidade psicológica capaz de servir de pólo dos vínculos de direito, nem a afirmação da unilateralidade da manifestação de vontade implica unilateralidade da relação jurídica que se irradia. Antes de ser fato jurídico, e para que o seja, o fato terá de ser social. A sociedade, que cria órgãos que tem força própria, tendências inconfundíveis, destinos próprios, duração independente e mais longa, consciência e diretrizes, tem, por igual. energia, e a energia social pio pode ser desprezada na composição dos fatos jurídicos. Ora, diante de textos como os do Código Civil alemão e o do Código Civil h viro. em que se dá direito à recompensa àquele que pratica <ato sem interesse e, quiçá, sem conhecer a promessa, parece que a teoria contratualística ortodoxa nada mais pode tentar.

A explicação contratualística ortodoxa evidencia-se rudimentar, de simplicidade rastreante, porque toda consiste em inferência ligada à sensação de movimento. t, pois, erro derivado de fato psicológico, com efeitos lógicos.

As idéias do trecho acima merecem ser compreendidas. Nas análises das sensações de movimento, os fisiologistas assinalam dois elementos essenciais a elas: a) fixação dos dois termos extremos do movimento, o *a quo* e o *ad quem;* b) a percepção de intervalo de tempo entre a partida e a chegada. Mas isso que, psicologicamente , só se realiza na percepção dos movimentos lentos, se forma por inferência em todos os outros:

se vejo o ponteiro do relógio em 2 horas e, depois, em 12 horas, *infiro* que percorreu. Se infiro é porque tenho conhecimento geral dEsse fato, devido a alguma experiência mais direta.

Os contratualistas, munidos, como é justo reconhecer-se, de algumas verdades, reveladas na elaboração do direito romano, e no moderno, criam e crêem no *juris vinculum,* que é a relação jurídica, enlaçada, como todas as relações, entre dois extremos. *A* compra a *C* um objeto e não lho paga no mesmo dia; a relação jurídica é patente e, pela simplicidade da hipótese, insofismável: *Á é* um pólo, e *C,* o outro pólo.

Entre eles medeia o *vinculum juris,* que se expressaria por traço, ou por linha pontilhada, se fOsse preciso emprestar-se *visibilidade* aos fatos, para que eles tivessem realidade. O ser visto não é condição de *ser.* Se *A* paga, desfaz a vinculação: solve-se a dívida. Os étimos de *solutio* e *btáÀu0tg* são expressivos: solver, desagregar, desunir, romper.

Outro exemplo: A toma de empréstimo a B mil cruzeiros ou um livro; a relação de mútuo, ou de comodato, estabelecida entre eles, um, o mutuário, ou comodatário, e outro, o mutuante, ou o comodante, liga-os duradouramente.

E assim ocorre em todos os casos simples, quase diríamos primários, de ligação jurídica. Nada mais perigoso, nas ciências, que o pressupor-se a simplicidade de todos os fatos, pelos crer ajustáveis ao mesmo modêlo original, a unidades perfeitas, *Urphaeno"mene,* que se podem *descrever,* mas não se podem *derivar.* O

quantum, a sensação pura e quejandos "princípios",servem para guiar-nos, mas ninguém nos prova a sua existência autônoma e empírica. Não atenderam a isso os contratualistas, quer no estudo do título ao portador, quer no da promessa de recompensa e outros fatos semelhantes: entre os termos extremos, que mais ao alcance da vista deparavam, *inferiram* a relação jurídica, o liame jurídico, o *juris vinculum.* Entre o emissor e o primeiro tomador, isto é, os dois indivíduos mais próximos na vida circulatória do título, ou entre o emissor e o último portador, os dois mais afastados, viram a realização do laço jurídico em sua mais límpida singularidade, em seu estado puro. Era o caminho aberto da abstração, em que os mais deles se empegaram, para o triunfo fácil, bem que passageiro, dos adversários. O facilmente visível iludiu-os, havia o termo extremo de *outra* relação, viram o da relação, que lhes cabia explicar. Puseram entre os dois pólos visíveis relação, que não existe, conteúdo falso. Porque viram seres , e não relações, abismaram-se, sem o querer, no vício do ontologismo. Acertar seria, então, obra do acaso, e não do método. Foram vítimas de ilusão. O que nos incumbe, portanto, não é derrocar os seus princípios, as suas idéias mestras, mas *retificar-lhes* a aplicação aos casos demasiado complexos do título ao portador, da promessa de recompensa e de outros institutos, que todos são iguais em elemento, bem que difiram em processo de composição.

Em vez de verem a relação jurídica como eficácia dos fatos jurídicos, viram a relação entre manifestantes de vontade. Ora, a relação jurídica é *posterius.* Não é preciso que entre os manifestantes de vontade haja bilateralidade.

§ 3.615. Posição do problema após as criticas às teorias unilateralísticas 1.REMISSÕES AO DIREITO SOBRE A "POLLICITATIO". A promessa de recompensa é aplicação ou extensão da *poilicitatio* romana obrigativa. *Poilicitatio,* definiu L. voN ARNDTS *(Lehrbuch der Pandekten,* 8,a ed., 408 s.), chama-se, em sentido estreito, a promessa unilateral, que produz obrigação, sem que se faça mister a aceitação da outra parte. Passou ele revista aos casos romanos, como a promessa à cidade e o *votum.*

Quanto ao direito moderno, escreveu no mesmo conceito deve incluir-se a promessa de recompensa, isto é, a promessa pública a pessoa indeterminada que pratique algum ato. Entenda-se: ato positivo ou negativo.

Não foi diferente o pensamento de A. BrnNz: *(Lehrbuch der Pandekten,* II, 145) : equiparou à policitação *ao Estado* a policitação *ao público.* Os princípios Sobre uma apanham, no direito evoluído, a outra.

Em princípio, a explicação foi insuficiente: ; onde a lei que lhes deu obrigatoriedade? A analogia basta?

Então, foi o raciocínio que a fez vinculativa. A simples promessa, onde a regra jurídica não se revele, menos como *norma agendi* do que como expressão de vincularidade, não se empresta, a si mesma, obrigatoriedade.

A autogonia não é menos absurdidade na sociólogo do que nas ciências da natureza. Ou o fato, que se observa, é relação, para que pertença ao direito; ou não o é, e então inconcebível fora a obrigação. O que se estendeu à promessa de recompensa não foi o instituto da policitação romana. O que ocorreu foi outra coisa, e diferentíssima : o mesmo *fato* que se dera quanto ao *votum* e à *poilicitatio à* cidade, repetiu-se, na promessa de recompensa. Esse fenômeno foi a intervenção da lei, por intermédio do poder público. Nem razão tem H.

SIEGEL em procurar novos princípios, nem J. UNGER em buscá-los à policitação do direito romano. A análise das relações, tal o que se necessitara fazer; e ela nos evidenciaria a *inexistência* da obrigatoriedade, ou da acionabilidade, em Roma, ainda que já então se usassem promessas públicas de recompensa, e a *existência* daquela, ou de ambas, em alguns códigos modernos. A variação tudo esclarece. Se, no curso da investigação de transformações, descobrimos na *coisa* primitiva elemento, que na moderna não há, ou se, inversamente, essa acusa virtude que a primeira não tinha, não podemos, atendendo a

boa orientação metodológica, deixar de atribuir a essa variação os efeitos da evolução ou mudança. Se procedemos analiticamente e verificamos que cessa a diferença quando se elide a fato observável (víncularidade da promessa), não precisamos de outras provas ou argumentos. A indução basta-se a si mesma.

O próprio não desconhecia algo de decisivo na lei, ou, pelo menos, na sua extensão. Porque, em verdade, o alargamento da solução romana da *pollicitatio,* até apanhar os demais casos modernos, sem lei expressa, só se poderia explicar como resultado da exegese, da analogia, dos métodos hoje formulados de interpretar a lei, de olhos fitos nas realidades da vida. Mas ai a extensão seria lei. A norma oriunda do processo analógico legítimo é mais do que sombra da lei:

é a lei mesma vista pelo jurisconsulto, pelo intérprete, pelo juiz.

2.EXTRAPOLAÇÃO DO UNILATERALISMO. Outra teoria, radical (encontradiça, hoje em dia, menos por seu valor intrínseco, que o tem, do que pela novidade de suas afirmações nem sempre entendidas pelos recentes adeptos), propôs-se reformar, *ah imis,* a dogmática jurídica. E a um dogma substituir outro dogma: ao rígido e expressivo sistema explicativo dos juristas romanos, em sua mais estreita feição, que é a da *necessidade de serem determinados os sujeitos passivos e ativos dos negócios jurídicos,* quis o novo rito que se preferisse a *teoria da unilateralidade como base normal das obrigações* . Atribuiu-se toda a importância à situação do devedor e quase nenhuma à do credor. No apagar-se o traço de união entre uni e outro, como se o direito fora suscetivel de se reduzir a casos de consciência, a fatos introspectivos, a sintomas auto-ativos, abriu-se-lhes o abismo do exame subjetivo, das indagações metafísicas, *a parte sub jecti.*

Houve em todo Esse movimento algo de germanismo, de orgulho ou de vaidade étnica, que fez apontar-se à obrigação de fonte unilateral como criação própria, original, prístina, dos povos de além do Reno. A ingenuidade de tais convicções, se assim podemos chamar às idéias, em que vingaram, como se bons frutos fossem, as preocupações de generalidade étnica, ficou patenteada na curta exposição, que fizemos, da declaração unilateral no direito romano. Foi HEINRTCH SIEGEL *(Do..s Versprechen ais Verpflichtungsgrund,* 1 s.) o principal formulador da nova teoria, e a expressão máxima, entre os povos de língua novilatina, temo-la, na famosa tese do doutoramento de RENÉ WORMS.

Muito de verdade se lê num e noutro, mas a quem procure a verdade

toda, sem enganosas aparências e ainda sem brilhos, que não sejam próprios, nenhum deles satisfaz.

Dentre os benefícios (e as doutrinas extremas, ao se digladiarem, se fundem) que nos ficaram da aparição das considerações histórico - filosóficas de H. STEGEL, avulta o de reduzir a absurdo a afirmativa de existir, nos títulos ao portador, contrato com os portadores, ou com o primeiro tomador e cada portador, sucessivamente, bem como de haver *negócio jurídico direto entre promitente e promissério ,* nas declarações de vontade ao público, e muito menos contrato futuro cuja oferta é a promessa, ou cuja palavra inicial se diminui à categoria de simples *invitatio ad offerendum.* Não que o direito positivo de alguns países, senão todos, permitisse a vincularidade. O que a nova discussão veio mostrar foi apenas o caminho para se assentar a vínculação pelo *ato* de um só indivíduo nos casos especiais ainda não reconhecidos pelos sistemas jurídicos dos referidos países. O defeito das concepções de H. SIEGEL foi, justamente, o de não perceber, ou melhor, o de não adivinhar os resultados *mediatos* de suas considerações . Valem mais as teorias pelo que provocam, pelo efeito que snrtem, pelas tendências que se desencadeiam, do que pelo conteúdo de suas pretendidas aquisições definitivas. No bater e no recundir das bolas de bilhar, o que realmente importa não é o impulso, mas a resultante mecânica do impulso *menos* o rechaço. Os alemães e austríacos, e, com eles, escritores de outros povos, seduziram-se com o movimento revolucionário (digamos assim) e menos colheram de ensinamentos do que de sugestões. Faltou-lhes a consciência dos próprios entusiasmos; daí espécie de automatismo da inteligência, de subconsciência científica, que os levou a fantasias inverificáveis, a roteiros demasiadamente largos e perigosos transvios. No aproarem para terra, desfez -se- lhes, a todos, a ilusão. Veio o cansaço, o desânimo; arrepiou-se carreira; e até em matéria cambiária, julgou-se, enfim, exageradamente, que “a teoria contratual, com as restrições importantes que deve fazer em favor do portador de boa fé, é suficiente para a letra de câmbio” (!) e se proclamou que “os partidários da teoria contratual se assemelham tanto, e tanto se aproximam dos que seguem a *teoria da criacão,* que mais se trata de pormenores e minúcias Sobre os quais não há acordo entre os próprios sequazes respectivos das duas teorias” (P. LEHMANN, *Lehrbueh drs flandcl.sichts,* 597 s.).

No mundo das idéias, os contrastes reduzem-se a forcas de resultância; e foi o que proveio do embate, no encontro das

duas teorias opostas, ambas ortodoxas, isto é, o máximo de bem que à

ciência trouxe a afluência das novas ideias. Uma lixou à outra as anfratuosidades e arestas, que a cada uma fazia inadequável aos fatos.

Se confundíssemos a unilateralidade da manifestação de vontade com a unilateralidade (absurda) da relação jurídica, teríamos o *subjetivismo:* veríamos o fato, a relação, *somente* do lado do *devedor.* Pelo exame do ato do declarante da vontade, e do destinatário, pressupõe-se entre eles vínculo? Seria a ortodoxia do contratualismo absoluto, que se forma por duplo exame *subjetivo,* auxiliado de frágil dedução. Outro devera ser o processo: a análise das relações. Essa nos mostrou: a) que não há vínculo obrigacional entre o promitente e o *unus ex publico* antes da apresentação; b) que os títulos ao portador não se explicam como laços entre subscritor e o primeiro, ou, muito menos, *todos* os portadores; e) que há vínculo, necessariamente, e a análise nos aponta os dois pólos: promitente e *todos;* d) que Esse laço inicial vincular constitui a preforma de outro, que é direito entre promitente ou o subscritor e o *unus ex publico* ou apresentante do título; e) que os títulos ao portador têm mais, em comparação com as promessas de recompensa, o elemento da vontade persistente, processo insinuativo, migrante, de vida externa, que se realiza pela tradição do papel e em virtude de *poder pleno.* Nas promessas de recompensa, o processo de exteriorização é direto a todos. Em vez de insinuativo, é generalizante. Em vez de migrar, expande-se, publica-se, anuncia-se a declaração de vontade.

Naquele, há um tanto do fato físico da propagação dos líquidos, o coar-se, o filtrar-se por entre os grãos de areia; nesse, à guisa dos gases, há a propulsão, o ocupar de chofre o espaço aberto, o difundir-se, a súbitas, na ambiência.

Em meio aos deméritos, cumpre nunca nos esqueçam os benefícios científicos (talvez um pouco derivados e não imediatos) que nos trouxe a teoria de H. SIEGEL. O aferro à terminologia corriqueira tem feito confundirem-se os dois conceitos, filosófico e empírico, de "contrato". E ninguém mais do que o chefe da interpretação unilateralística se ateve ao último e descurou do primeiro. Daí a dissidência provocada, menos na ciência do que na escolástica jurídica, pelas considerações preocupadamente históricas de H. SIEGEL. A vontade é agente gerador dos laços jurídicos; e foi conquista da ciência geral, refletida no direito, o reconhecimento da determinação dos atos humanos, as exceções de subconsciência e a inconsciência nas volições. Mas o direito é uma ciência de relações. Se não é imprescindível ao mundo jurídico a intencionalidade (atos ilícitos de mera culpa, responsabilidade pelos fatos de animais e outros fatos *stricto sensu* ilícitos ou atos fatos ilícitos), o mesmo não se

pode dizer do contacto de outra vontade. O ato de *ego* sem o conúbio produz ação pelo interesse do *alter* (em sua significação de caso particular em que a terça social, o *socius,* se individualiza) ou do *socius,* ou caso genérico, em que o *alter* se generaliza, não suscitaria nunca fato jurídico, porque ficaria inerente ao eu, dependente dele, restrito à esfera individual de atuação.

Faltou a H. SIEGEL, para que visse tudo isso e tomasse a estrada larga dos métodos científicos, o cabedal ao seu tempo menos opulento, e em parte inexistente

das aquisições definitivas no terreno da Psicologia, da Sociologia, da Filosofia científica. Aí os seus desvios, ou, melhor, a causa deles.

Passemos ao que importa, de benefícios à ciência, no meio dos desserviços a ela.

O que declara algum, que o possa obrigar, publicamente , considera-se adstrito ao cumprimento do que declarou: a sua obrigação não se impõe a ninguém, pensa o teorista, e se acaso se dirigisse a algum particular, Esse teria a faculdade de rejeitar. O que se opera circunscreve-se à zona exclusiva de influição do agente, do declarante; ele não força ninguém a ter direito, nem, tão pouco, a tomar situação jurídica de relação. O laço é todo passivo; deve ficar à disposição daquele a que se fêz a proposta do contrato, ou do *unus ex publico.* O

declarante, unilateralmente, pois que declarou, ligou-se por sua palavra, obrigou-se a honrar a sua declaração *(Verpflichtung im Wort vi bleiben).* Até aqui a dialética de E. SIEGEL. Embora o método subjetivo lhe falseasse as conclusões e dessorasse os seus estudos, certo é que a espécie lhe apresentou face digna de exame, e começou a ação benéfica, não da teoria em si, mas das premissas de E. SIEGEL. A distinção, a que procedeu. entre a obrigação de honrar a sua palavra e a de executar a promessa, constituiu elemento inestimável para o bom encaminhamento das investigações científicas do instituto. O mal da teoria de H.

SIEGEL foi não *ver* dois efeitos ou faces do negócio jurídico unilateral (dever de honrar a promessa e obrigarão de cumpri-la) as duas causas eficientes, facilmente reconhecíveis por qualquer espírito dotado de conhecimentos sociológicos e certo de que o direito não se concebe sem relações.

Sobre o alicerce inadvertidamente colocado por E. SIEGEL iniciou-se grande edifício e a conseqüente demolição do monumento que ele

pretendera ultimar.

A obrigação de manter, de honrar a palavra, denuncia o caráter imediatamente *social* do vínculo. a lei que a produz; a ambiência social, em sua função fecundante.

Se não há lei (direito), a obrigação (jurídica) de manter não existe. A obrigação de *cumprir* deriva da outra, extrinsecamente; entre elas há mais do que justaposição: aqueles é reforma dessa. Nasce o dever, com a conclusão da promessa; nasce a obrigação, com a apresentação do *unus ex publico*.

Nos dizeres insertos acima está o alvo que a teoria de E. SIEGEL não alcançou. Mas, na história da ciência jurídica e particularmente do instituto da promessa de recompensa, os esforços dele se contam, hão de contar-se sempre, e é de justiça reputá-los de alta valia. Faltou-lhe, certamente, a iniciação filosófica e sociológica; careceu de subsídios e convicção para proceder ao estudo dos institutos jurídicos em seu dinamismo, em sua causalidade, em sua função; limitou-se a anatomizar, a considerar partes sem atender ao todo, a insular órgãos sem conhecer-lhes a antecedência e o mister. Tivemos, por um momento, no direito, o que se deu nos primeiros tempos da morfologia animal: classificações, notações; não o verdadeiro conhecimento das formas como extrinsecações mais ou menos explicadas de fatos complexíssimos .

Os negócios jurídicos só podem ser unilaterais (isto e, pode não se dar neles a convergência das vontades de mais de uma parte) se intervém a lei, como expressão da política jurídica. Então, a outra figura é a sociedade.

No próprio testamento, há encontro com as correntes sociais, um como exercício de direito, ato de nascença univolitiva, mas quê se lança-no ambiente geral, para fecundá-lo e *ser*. Não é contrato, no sentido do direito civil, como exageradamente pregou G. P. CHIRONI *(Dei Possesso per acquistari i frutti,* 81; II Testamento é contrato, *Filangieri,* 1884, 2651) ; mas é, científica e filosófica-mente, relação sócio-jurídica, e não as há sem dois pólos. Contrato, quisera ele, mas entre o testador e o instituído. É a velha preocupação, que ligava o subscritor ao portador do título, e o promitente ao promissário. É absurdo falar-se de acordo de vontade quando o testador já está morto ao aceitar o instituído a herança. Seria maior ou igual leviandade afirmar o contrato entre o promitente e o promissário, quando não somente pode estar morto o “aceitante” (9 como ter a “aceitação” precedido à promessa.

O instituto da declaração unilateral de vontade não é peculiar ao direito civil e só se opera quando a sociedade tem de acautelar interesses de alguém, se *ainda* ou *já* não pode figurar, imediata e cientemente, em negócio bilateral. Assim na oferta de contrato, quer a pessoa indeterminada, quer determinada, por meio de cartas, anúncios, verbalmente, em pregões, ou em autômatos; na estipulação em favor de terceiro; nas promessas de recompensa; nos títulos ao portador. A explicação do fato só *deve* e somente *pode* ser entre pessoas, porque se passa no mundo social. A oferta é obrigativa e mantém-se vinculante do seu autor, ainda que Esse morra ou caia em incapacidade. Mas ligado a *quem?* A si mesmo, respondem uns. sem atenderem a que, assim, reduziriam o direito a caso de consciência, a simples fato interno. Ao *alter,* dizemos nós. É a lei que prescreve, no interesse social, essa vincularidade. Se o direito é mínimo ético, as raias do mínimo o que as fixa é a lei, o Estado, a sociedade, e no precisá-las há a política jurídica, que fecunda os atos e as omissões lícitos ou ilícitos para a criação de laços jurídicos, de *relações* .

Odireito é composto de relações jurídicas. Perfeitamente; mas é preciso, escrevia R. SALEILIES *(De la Persortnalité juridique,* 515), que essas relações se estabeleçam entre realidades. j,Não o será, por acaso, o público?

É de crer que os unilateralistas reduzissem demasiadamente o direito à moral dogmática; em vez de adotarem critério analítico, que os pusesse à altura da ciência moderna, deixaram-se embriagar por misticismo do ato humano, de estranho moralismo. ARIOSTO cantava que a fé devera ser mantida, *O data a um solo, o derta insieme a mille.*

A voz do poeta era a da moral, não a do direito; porque via o ato como eficaz na consciência, em vez de considerá-lo obrigativo, menos pelo ser no íntimo do que pela necessidade de evitar nos outros os males da firmeza, da volubilidade do querer.

A insuficiência de Sociologia nos pesquisadores que insistem no tema da unilateralidade reduz-los à condição juridicamente medíocre do poeta do *Orlando furioso.* Viram e‟ sentiram o fato; não o explicaram, nem procuraram conhecer a sua efetuação interna, o seu processo, a sua composição, as suas causas. Os esforços que envidaram, foram todos para o anatomizar frio, sem nenhum interesse pelo que poderíamos chamar, sem excesso, a fisiologia dos fatos jurídicos, o seu dinamismo.

O que é *unilateral,* na promessa de recompensa, é a fonte das obrigações, como é unilateral como fonte das obrigações o ato ilícito e

o ato-fato ilícito. O contrato e o acerto que supõem a bilateralidade. Há mais fontes unilaterais das obrigações do que fontes bilaterais. O fato *stricto sensu* licito ou ilícito, Esse, de modo nenhum alude a lado: não é unilateral, nem bilateral; é lateral, não tem lados. Nem por isso deixa de irradiar deveres e direitos, obrigações e pretensões,-ações e exceções.

3.ATENUAÇÃO DA TEORIA UNILATERALISTICA. Variante da teoria anterior, depôs nos G. TARDE

(Les Trans formations du Droit, 120 s.), em livro cheio de notas apreciáveis e de pouquíssimo senso sociológico, bem que o autor, sociólogo, pouco conhecesse dos fatos jurídicos e muito se dedicasse, durante toda a sua carreira literária, a estudos de Sociologia. Reduzia tudo a unilateralismo. A verdade, diz ele, é que toda a obrigação , contratual ou não, emana, antes de tudo, de alta e profunda vontade unilateral, a do senhor, seja do senhor hereditário e semidivino, seja do senhor eleito e profano, que legifera como bem- lhe apraz.

Estaria aí a única origem das obrigações formadas sem contrato. Quanto às obrigações convencionais, derivam, primeiro, dessa grande vontade unilateral, a que se chama autoridade pública, e depois da pequenina vontade unilateral de cada um dos contraentes que, à imagem dessa imposição, ou mandamento exterior e superior, conforme a latitude que ela lhe dei *se comanda a si mesma,* ao mesmo tempo senhora e súdita, e *se impõe à obediência, à imposição de outrem.* Eis ai, conclui, toda a singularidade do contrato: é o *gOsto de se comandar,* nascido, por imitação, do hábito *de ser comandado.* Ele é, não só o *comando recíproco,* voluntariamente sofrido, mas sim também conformidade com *vontade* exterior sofrida pela pessoa, involuntariamente .

A despeito dos dados de história e dos dados sociológicos, que semeia nas páginas, sente-se o vazio de todo o indeterminado emaranhado de sofismas. Sociólogo a quem esqueceu o que é a sociedade e pregou o mais irritante e falso dos individualismos: ~o individualismo que reduz a ser uno, à vontade individual, os atos de todos e de cada um, a própria sociedade e o homem-social! Levou à conseqüência: senhor e escravo, e nada mais; escravo, que se comanda a si mesmo, ~porque tem o hábito de ser comandado!

Aqui, o que nos interessa é a obrigação originada de declaração unilateral de vontade. Como ele a explicou?

~Enclausurada na alma do declarante, como aprouve a H. SIEGEL? .~Perdida à caça de credor incerto, como para os contratualistas ortodoxos? j,Ou procedendo, cientificamente, à análise das relações?

Nada disso. A solução foi imprevista. O ato não vale nada. Quando emito um título ou prometo prêmio, eu me obrigo pelo hábito de ser obrigado pelo senhor, pelo governante! “La verité est que toute obligation, contractuelle ou non, découle, avant tout, d‟une haute et profonde volonté unilatérale, celle du Maitre, soit du Maitre héréditaire et demidivin, soit du Maitre élu et profane, que legifêre comme bon lui semble. C‟est lã l‟unique origine des obligations formées sans contract”. ~Seria suscetível de não se *contar* o ato humano individual? j, A lei significa algo sem a *espécie* a que se aplique, ou o ato ou fato que suscite a sua aplicação?

Escapou a G. TARDE o exame do fato jurídico em sua composição básica, em sua interioridade. Em vez de partir da noção de direito, que J. C. BLUNTSCHLI (Recht, Rechtsbegriff, *Deutsches Staatswôrterbuch,* VIII, 481) considerava, com acerto , a questão fundamental de toda a ciência jurídica, pôs-se a reUnir observações fragmentárias, com que formou série de considerações de valor discutível, alheias ao problema da natureza e do- dinamismo das relações jurídicas . Viu, nos tempos primitivos, o contrato somente, diz ele, entre membros de uma família, da grei, ou da tribo; e tirou as conclusões de que laço de direito e laço de sangue são uma só e mesmíssima coisa, e de que à idéia de obrigação, voluntária ou não, se liga a de parentela, e, conseguintemente, o caráter de “intimidade misteriosa e profunda, indelével e inexplicável, inerente a essa” (!) : o individuo não procura raciocinar ou discutir seus direitos e seus deveres adquiridos ou inatos, como não cogita de saber porque foi engendrado. Sente-se que se navega em mar de suposições, em vez de se arrolarem fatos.

Ora, nada nos permitiria crer que o parentesco esteja, substancialmente, à base da formação dos fatos jurídicos, quaisquer que sejam, salvos aqueles em que o parentesco é a *rato essendi,* como alguns direitos e deveres de família. Dizer-se que a ligação parental e a jurídica constituem problemas fundamentais, diante dos quais os homens se inclinam e não pensam em escutar, coisa é que se entende; mas concluir dessa perplexidade humana, dEsse estado de alma individual, que o direito tira o seu ser do parentesco, e que a relação jurídica rejeita à relação de família, é aventura que não se deve ter em conta de merecer análise.

“Pouco a pouco, quando os negócios de comércio com as tribos exteriores se multiplicam, faz-se sentir a necessidade de estender aos

contratos com o estrangeiro o caráter obrigatório das convenções entaboladas entre parentes naturais ou adotivos". Assim explicou G. TARDE o direito exterior à tribo. Mas no trecho, que transcrevemos, se encambulham verdade e erro: quando os negócios com o estrangeiro se assoberbaram e tiveram porte social considerável, veio a vincular raridade das convenções exogêneas , mas isso não se deu porque se *fizesse sentir* a necessidade, e sim porque fora criado pelas forcas sociais. Nas primitivas convenções entre membros de uma gente, de uma grei *(clã),* ou de uma tribo, a obrigatoriedade *coexiste,* porém não *nasce,* nem *depende* da conexão parental, do sangue: deriva, diretamente, do fato mesmo da existência da gente, da grei, ou da tribo. Onde há sociedade, há direito. G. TARDE ignorava, é de crer, os grandes estudos e meditações dos sociólogos, com o fim de extremar a *horda* nos tempos iniciais da vida social; e não viu o vago e incerto de suas construções firmadas na pressuposição da existência da família no absoluto principio de formação do corpo social. Não lhe ocorreu o ensinamento de J. R. MUcK *(Horde und Familie, 37)*

"As primeiras associações locais e os primeiros parentescos humanos foram parentescos *de lugar"*.

Faltou-lhe meditar no seguinte: toda a gente *(qens),* conhecida historicamente ou por meio da Etnologia, é *organização;* nos rebanhos ou herdas puras, os indivíduos atentam contra a vida alheia, uns aos outros, sem nada que os coaja, e fora dele, *cada* indivíduo é inimigo direto dos demais; ao passo que na *gens* (yévoz), é proibido o assassínio dos membros da mesma gente, e a vida deles é *garantida,* exteriormente, por meio da lei costumeira da vingança de sangue (cf. A. ELEUTHEROPoULOS, *Soziologie,* 30 sj. Obrigação jurídica e parentesco pressupõem organização, e não há determinação essencial entre o laço de sangue e o meramente jurídico. Noção de família e noção de direito já existiam, porque as viagens era organização: não mais simples coexistência espacial de indivíduos, e sim coexistência com determinada relação deles entre si.

Certamente, há *relação social* desde que se emite o título ao portador, ou que ele vai, sem emissão, à mão de outrem, ou que se publica a promessa de recompensa, mas antes de se ver relação jurídica se tem de ver e classificar o fato jurídico, que, Esse, é bilateral, ou unilateral, conforme dissemos. A relação jurídica é efeito e, pois, *posterius,* com referência à fonte, ao fato jurídico.

O. TARDE só olhou a exterioridade do fato jurídico, e quis pesquisa ontológica. Daí os resultados a que chegou: laço de direito e de sangue seriam uma coisa só, e a relação jurídica entre não-parentes, extensão histórica; todas as obrigações, contratuais ou não, dimanariam, primeiro, de alta e profunda von-tade unilateral, a do senhor, hereditário e semidivino, ou eleito e profano. Influência de HERBERT SPENcER, que fêz do chefe a causa eficiente de qualquer organização. No *conceito,* como no *fato* da organização, não está implícita a necessidade do chefe. Um pode existir sem o outro. "Uma organização não assenta em ter chefe; toda convivência é organizada, desde que o livre alvedrio e a autonomia interna dos conviventes se subordina a certas condições e a certos limites" (A.

ELEUTREROPOULOS, *Soziologie,* 28 e 31). Aí estão o *fato* e o *conceito* de organização. Sem isso, não se colhe a realidade social.

Tão apegado à explicação do fato de obrigação pelo mando do chefe estava o sociólogo francês, que tirou ao ato humano unilateral o caráter de fonte de obrigações: "L"idée de la volonté unilatérale n"est pas plus explicative, au fond, que la vieille notion du contract. Au moment oú l"on dit que ma propre volonté m"oblige, cette volonté n"est plus: elie m"est devenue étrangére; en sorte que c"est exactement comme si je recevais un ordre d"autrui. Recevoir du *pater fa-milias,* du consul, d"un ministre, d"un garde champêtre, un ordre qui me déplait, ôu recevoir de mon moi passé un ordre que ne me déplait moins, di est la différence en ce qui concerne non intérêt actueI?" (121). Visto está que o escritor, em vez de ver duas vontades, como os contratualistas, ou só a *do obrigado,* como II. SIEC,EL e RENÉ WORMS, se transviou por outros lugares e apagou a própria vontade unilateral do que se obriga, para considerar apenas, no nascedouro da obrigação, a vontade remota do senhor, hereditário ou semidivino, éleito ou profano. Mas, logo em continuação, corrigiu o seu próprio pensamento, e já equiparou o querer passado de quem se obriga a algo de intimamente atuante e forte, a alguma coisa de misteriosamente eficaz. A sua suposição da elisão da vontade de quem se obriga, por não poder ser fonte o que *não é mais,* encontra desmentido nos próprios seres vivos: o animal pode surgir após a morte do gerador; aliás, muitos fatos só se produzem, não após, mas simultâneos com a desaparição de outros. Se o escritor francês conhecesse mais a fundo a técnica jurídica, não teria por morta a vontade do declarante: ela existiu, realmente, em estado de *ação;* agora, que caiu em inércia, não é menos vontade, tanto que se lhe sondam as direções e os vícios, na interpretação de seus termos e sentido e no aquilatar da sua livre e pura expressão. A inércia, que se lhe atribui, é fora de dúvida; inerte,

sê-lo-á a vontade, após a atuação, mas os efeitos persistem, e não há mais perfeita energia que a operada através de efeitos.

4. OUTRA ATITUDE. A promessa de recompensa, diz, por exemplo, CÂRL CROME *(Systern,* II, 757) ré ato unilateral, obrigatório por si mesmo (e sem a adjunção do aceite) : promessa pública que obriga o promitente. Em lugar da *aceitação* está a *publicidade da declaração* (que realmente se dirige ao público).

Além disso, tem a publicidade função mediadora:

levar a promessa ao maior número possível de pessoas. Não se trata de nenhuma oferta de contrato, de nenhuma proposta de contratar: a execução pelo terceiro (e a expressão não é feliz, porque o executor é *parte* do público) não constitui aceitação de contrato; tanto assim que o promitente é obrigado a pagar a recompensa a quem praticar ou produzir o que se indicou, ainda quando não o faça com o intuito de conquistar o prêmio ou as alvíssaras.

Já aí se nota que o pensamento foi de quem versou, detidamente, o direito, de quem teve de sistematizar e dê resolver problemas concretos.

Apenas lhe faltou chamar a atenção para o plano em que se teriam de travar as discussões: o dos *fatos jurídicos* . Não se está, ainda, a discriminar efeitos; está-se a pesquisar para se saber se as fontes dos direitos e das dívidas são fatos *stricto sensu,* lícitos e ilícitos, atos fatos, lícitos e ilícitos, atos *stricto sensu,* lícitos e ilícitos, e negócios jurídicos, bilaterais e unilaterais.

5. CONCLUSÕES DO EXAME CRITICO. A ciência moderna não é mais, como a de ARISTÓTELES e a dos escolásticos, qualitativa e descritiva; mas quantitativa e causal. Não se limita à casuística e à descrição; não se satisfaz com o apontar e o descrever; indaga, mede, procura as causas, prediz. A solução uniteralística ao problema dos chamados atos unilaterais evidencia-se insuficiente: mostrou o fato, qualificou-o; desinteressou-se de lhe medir a intensidade e de proceder ao estudo causal dos fatos. O dinamismo dos fatos jurídicos não pode ser posto de lado em qualquer análise criteriosa, e o exame qualitativo e descritivo não basta às exigências do pensamento e da ciência moderna. Por outro turno, ressalta-lhe o vício de verbalismo, em vez de serena observação da natureza *in vivo.* Melhor fora miúdear o estudo do fenômeno da unilateralidade do *negotium* do que, com o

simples indicá-lo, pretender a derrocada dos princípios fundamentais da ciência jurídica. Evitemos querer que o direito continue de ser como desgraçadamente ficaram, durante séculos, alguns conhecimentos humanos pretensiosa nomenclatura, mais ou menos arbitrária, como até pouco eram e começaram de livrar-se algumas disciplinas, entre as quais as ciências morfológicas. Não basta saber-se que o ato de uma pessoa obriga, mas *como* a obriga; a forma não precisa apenas de um nome, o que resvalaria no mais estéril anatomismo, e sim de indagação por bem dizer dinâmica da plasticidade, dos caracteres morfológicos. No direito, como nas demais ciências, toda forma é resultante de movimento.

Finalmente:

a) Há, na classificação dos fatos jurídicos, quatro espécies: a) fatos jurídicos oriundos de fatos *stricto sensu (e. g.,* concepção, nascimento, loucura, surdo-mudez, adjunção , mistura, confusão de bens, perecimento do objeto do direito, fato de que se origina responsabilidade por força maior ou caso fortuito) ; *b)* atos fatos jurídicos *(e. g.,* tradição da posse, ocupação, mau uso da propriedade, tomada de posse com violação da posse de outrem) ; e) atos jurídicos *stricto sensu (e. g.,* constituição de domicílio, gestão de negócios sem mandato, perdão, quitação) ; *d)* negócios jurídicos.

b) Assim como ao ofendido pelo fato *stricto sensu* nasce direito à indenização, correspondente ao dever que a lei estabelece para quem ela reputa responsável, ou pelo ato-fato, ou pelo ato ilícito, ao promitente nasce o dever, e a quem se podia dirigir a promessa de recompensa, o direito, ligado à vinculação.

Durante a vincularidade e antes da determinação do *unus ex publico,* todos os que podem vir a ser Esse *unus publico* são titulares de direito. Não no são ainda de pretensão e de ação.

Aqui o ponto principal.

A promessa de recompensa vincula o promitente. O direito, a que a vinculação corresponde, nasce a quem pode vir a ser titular da pretensão ou da ação. A pretensão e a ação, essas, ou nascem logo, se preenchido o pressuposto para aquela, ou para aquela e essa, ou no momento em que tal ocorra.

A exposição que se vai seguir atende, sempre, a essas duas proposições. Se prometo viagem à Europa ao rapaz que tirar o primeiro lugar, vinculo-me e ficarei, mais tarde, obrigado, como se, de

público, sabendo quem foi o melhor classificado,. O prometi, me vinculei e me obriguei, simultaneamente.

CAPITULO II

ESPÉCIES DE PROMESSA DE RECOMPENSA

§ 3.616. Espécies e tipos

1.ESPÉCIES PRINCIPAIS. Três são as espécies principais de promessa de recompensa. A classificação merece acolhida, porque a extraímos do próprio sistema legal. A utilidade dela patenteia-se, pois a cada tipo correspondem, np direito, regras jurídicas só a ele aplicáveis. Não se trata de distinção meramente formal, como talvez se suponha, ou exclusivamente dispositiva, ocasional, O critério deriva das situações dos recompensados. Embora não assente na análise das relações jurídicas acabadas, pressupõe *situação jurídica,* relação jurídica inerente ao negócio. A compensação pode ser: a) restrita a *um,* e um só ou muitos satisfazem o que se tem como elemento fático; *b)* dirigida a *mais de um,* ou *muitos,* e um só ou muitos praticaram ou satisfazem o que se há de recompensaS,; e) endereçada a muitos, exigindo-se *escolha* dentre os recompensáveis.

A diferença formal existe, porquanto no primeiro caso se promete a um que pratique o ato, ou satisfaça o que se indicou; no segundo, a mais de um, divialvelmente, mas sem alteração da prestação, que será, eventualmente, múltipla; a um ou alguns dentre os que se habilitarem ou estiverem em determinadas circunstâncias. Essa diversidade de direção justificaria de si só o insulamento das espécies, mas seria critério um pouco destoante dos bons métodos. A análise deve olhar as relações, ainda quando não sejam jurídicas (perfeitas), mas apenas reformais ou possíveis. Ora, entre os recompensáveis, na primeira espécie, existe situação de justaposição jurídica, e talvez melhor exprimíssemos com outras palavras: justaposição *no tempo.* Ainda que o promitente não declare que premiará, recompensará ou gratificará ao que primeiro satisfaça, a idéia de prioridade está implícita. Essa espécie de promessa apresenta caracteres pagáveis : unicidade de beneficiário; determinação dele *no tempo;* em caso de impossibilidade de fixá-lo e preferi-lo cronologicamente , empregam-se os processos necessários da *divisão,* em se dando simultaneidade na satisfação e divisibilidade da recompensa; e processo do *sorteio,* se indivisível. Na

segunda espécie, os executantes não estão justapostos *no tempo,* mas no *espaço;* ficam insulados entre si; não é força saber-se quem fêz primeiro, nem repartir-se a recompensa, nem recorrer-se ao azar para sortear quem a receba: à multiplicidade de executantes responde multiplicidade da mesma recompensa, porque a promessa criou apenas um tipo de prêmio a quem fizesse algo, com o permitirem os seus termos ou a sua índole tantas obrigações quantos forem os que satisfizerem a cláusula.

O promitente obrigou-se pelo declarado, e cumpri-lo-á, pois que o estipula a lei, que diz o que é *jurídico.*

Quem satisfaz o querer do promitente, é legitimado investido, talvez melhor nos expressássemos da pretensão a apresentar-se para haver a recompensa. Três, quatro, cinco, vinte recompensáveis, que sejam, todos se mantêm na mesma situação jurídica, independentes uns dos outros. A justaposição *no* espaço não lhes empresta nenhum laço, nenhuma coexistência jurídica, mas apenas física.

Muito diferente é o que se passa quanto à terceira classe. Há mais do que com vizinhança ou do que concorrência, como se viu nos primeiros espécimes; mais do que justaposição *no tempo,* ou *no espaço;* há a *coexistência física* e a *jurídica* (espacial e temporal) e, mais ainda, o *concurso,* a luta, a interdependência, o aleatório da exclusão de todos em favor de um, dois, ou três, o comulativo da medição de esforços, de valores , de méritos: a competência, em suma. Não se promete a *um* dos que compõem o *publico,* nem a muitos do *público,* mas a um ou alguns dentre vários ou muitos do público, *mediante critério pessoal de determinação.*

2.DISCRIMINAÇÃO DAS TRÊS ESPÉCIES. Aqui, estão, discriminadas, as três espécies: (a)Promessa a quem fizer ou não fizer; e subentende-se:

“a quem fizer, ou não fizer, primeiro (Código Civil, art. 1.515) chover simultaneidade, decidir-se-á de acordo com a divisibilidade, ou não, da recompensa (divisão ou sorteio). Unidade de recompensa, unidade de beneficiário.

(b)Promessa múltipla aos que fizerem ou não fizerem. Subentende-se: a quantos fizerem ou não fizerem.

Cada um recebe o que lhe compete. Pluralidade de recompensa, pluralidade de beneficiários.

(c)Promessa a um ou alguns dentre os que se apresentarem.

Subentende-se: ao que for vitorioso, graças a qualidade ou ato pessoal. Muitos pretendem, um ou alguns logram. Entre o público (todo) e o beneficiário (parte) há grau intermédio, que é o pretendente; dentre os pretendentes é que se exercita a seleção. Unidade de recompensa, pluralidade de satisfazer dores. Unidade de beneficiário.

§ 3.617. Combinação de espécies

1. DADOS PARA AS COMBINAÇõES. As espécies não são inconciliáveis. Há possibilidade de combinarem-se, licitamente. Muitas vezes é útil ao promitente e favorável ao público ou aos interesses sociais. Assim, se alguém promete um milhão de cruzeiros a quem apresentar, na exposição de frutas, as duas *melhores* pêras , a partir de tipo que o promitente exibe em fotografia colorida, e cinqüenta mil cruzeiros a todos os que concorrerem, teremos promessa mista, em que a segunda e a terceira espécie se combinam. Se anunciamos dar prêmio ao mais perfeito trabalho do certame, preferido, em igualdade de pressupostos, o que se *apresentou primeiro,* e, se houver simultaneidade, o que for *sorteado,* lançamos ao público declaração unilateral de vontade em que se conciliam, em tipo novo, os princípios da terceira e da primeira espécie, isto é, do art. 1.516 e do art. 1.515 do Código Civil.

2. PLURALIDADE DE SATISFAZER DORES SEM PLURALIDADE DE RECOMPENSA. Pode ocorrer que a ação seja exercida por mais de um, inseparavelmente, isto é. o resultado recompensável ser alcançado uma só vez (unidade de satisfação), e serem vários os cooperantes (pluralidade pessoal de satisfazer dores).

Nem se há de assimilar a espécie à primeira das que analisamos, nem à segunda, nem à terceira; mas somente porque tal hipótese não constitui *espécie.* A situação não interessa substancial nem formalmente ao instituto da promessa de recompensa, em si. Realiza-se apenas entre os satisfazer dores, é subjetiva, e não objetiva. O

promitente não tem de pensar a quem deva dar; a recompensa cabe a todos, como co-credores, e não a cada um deles, de per si. O prêmio é comum; e a relação jurídica de comunhão opera entre os comuneiros; entre eles deve regular-se, persistir, cessar, transformar-se talvez. Seria, pois, anticientífico pôr-se entre as verdadeiras espécies de promessa de recompensa, essa, que o é apenas em aparência. Dedica-lhe o Código Civil alemão toda uma regra jurídica, a do § 660; nada

Sobre ela se diz na lei civil brasileira. Se bem, se mal, diremos mais adiante.

CAPÍTULO III

VINCULAÇÃO PELA PROMESSA DE RECOMPENSA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

§ 3.618. Pressupostos gerais e especiais

1. ELABORAÇÃO DA REGRA JURÍDICA DO CÓDIGO CIVIL, ART. 1.512. Estatui o Projeto primitivo, art. 1.633, de onde procede o art. 1.512 do Código Civil: "A promessa de uma recompensa, feita por meio de anúncios públicos, a quem executar um certo trabalho ou praticar um determinado ato, obriga o promitente". Era a reprodução indígena da norma alemã (Código Civil, § 657): "O que, por anúncio público, promete recompensa pela prática de uma ação, principalmente para a obtenção de um resultado, é obrigado a pagar a recompensa a quem exercitar o ato, ainda que não visasse a recompensa". As diferenças existentes, desfazia-as o Projeto primitivo no artigo seguinte.

A Comissão revisora *(Trabalhos,* 1, 564 e 875) alterou a forma, sem tocar no sentido (art. 1.806): "A promessa de recompensa ou gratificação, feita por meio de anúncios públicos, a quem prestar certo serviço ou preencher certa condição, obriga o promitente". Assim ficou o artigo, até que, no Senado, Rui BARROSA lhe desse a forma definitiva, com‟ a rasoura do seu estilo *(Trabalhos da Comissão Especial do Senado,* 1, 481).

No direito anterior, não tínhamos tal artigo, bem que, fundado nas Ordenações Filipinas, Livro III, Título 59,

§ 22, e no Código Comercial, arts. 735 e 737, CARLOS DE CARVALHO houvesse incluído na *Nova Consolidação das Leis Civis* regra jurídica parecida (art. 293, parágrafo único, letra *d).* passável ser alcançado uma só vez (unidade de satisfação), e serem vários os cooperantes (pluralidade pessoal de satisfazer dores). Nem se há de assimilar a espécie à primeira das que analisa.. mos, nem à segunda, nem à terceira; mas somente porque tal hipótese não constitui *espécie.* A situação não interessa substancial nem formalmente ao instituto da promessa de recompensa, em si. Realiza-se apenas entre os

satisfazedores, é subjetiva, e não objetiva. O promitente não tem de pensar a quem deva dar; a recompensa cabe a todos, como co-credores, e não a cada um deles, de per si. O prêmio é comum; e a relação jurídica de comunhão opera entre os comuneiros; entre eles deve regular-se, persistir, cessar, transformar-se talvez. Seria, pois, anticientífico pôr-se entre as verdadeiras espécies de promessa de recompensa, essa, que o é apenas em aparência. Dedica-lhe o Código Civil alemão toda uma regra jurídica, a do § 660; nada Sobre ela se diz na lei civil brasileira. Se bem, se mal, diremos mais adiante

.

CAPITULO III

VINCULAÇÃO PELA PROMESSA DE RECOMPENSA

NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

§ 3.618. Pressupostos gerais e especiais

1. ELABORAÇÃO DA REGRA JURÍDICA DO CÓDIGO CIVIL, ART. 1.512. Estatui o Projeto primitivo, art. 1.633, de onde procede o art. 1.512 do Código Civil: “A promessa de uma recompensa, feita por meio de anúncios públicos, a quem executar um certo trabalho ou praticar um determinado ato, obriga o promitente”.

Era a reprodução indígena da norma alemã (Código Civil, § 657): “O que, por anúncio público, promete recompensa pela prática de uma ação, principalmente para a obtenção de um resultado, é obrigado a pagar a recompensa a quem exercitar o ato, ainda que não visasse a recompensa”. As diferenças existentes, desfazia-as o Projeto primitivo no artigo seguinte.

A Comissão revisora *(Trabalhos,* 1, 564 e 875) alterou a forma, sem tocar no sentido (art. 1.806) : “A promessa de recompensa ou gratificação, feita por meio de anúncios públicos, a quem prestar certo serviço ou preencher certa condição, obriga o promitente”. Assim ficou o artigo, até que, no Senado. Ruí BARROSA lhe desse a forma definitiva, com‟ a rasoura do seu estilo *(Trabalhos da Comissão Especial do Senado,* 1, 481).

No direito anterior, não tínhamos tal artigo, bem que, fundado nas

Ordenações Pilipinas , Livro III, Título 59,

§ 22, e no Código Comercial, arts. 735 e 787, CARLOS DE CARVALHO houvesse incluído na *Nova Consolidação das Leis Civis* regra jurídica parecida (art. 298, parágrafo único, letra *d)*.

O art. 1.512 do Código Civil brasileiro não vem do art. 657 do Código Civil alemão, mas do § 581 do 1

Projeto alemão, em que Clóvís BEVILÁQUA se inspirou (Projeto primitivo, art. 1.638)previa a regra jurídica

No *Esboço* de TEIXEIRA DE FREITAS do art. 2.701, que dizia: "É *locatário de serviços públicos* quem políticos , ou industriais, puser a concurso trabalhos literários, artigos,. corpóreos, ou empresas de utilidade pública, ou prometendo prêmios em dinheiro ou outras recompensas". Era a *teoria contratualistica.*

co nfundia *serviços ao* texto de TEIXEIRA DE FREITAS com esse possível considera *público* com *serviços públicos,* como se fosse artístico, ou industrial-se serviço público o concurso literário industrial, de interesse do promitente, e não do Estado ou do povo.

No Código Civil,fundos públicos , se o art. 1.512 estatui: "Aquele que, por ir, a quem preencha comprometer a recompensar, ou gratificar certa condição, ou desempenhe certo contrai obrigação de fazer o prometido". A adequação as regras jurídicas à da sistema jurídico, que dogmática, isto é, a inserção delas no ~ verificação do seu é sistema lógico, é o melhor meio não rio plano da atividade Acerto , da sua verdade, porque se estaria porque a regra juri *de jure condendo* mas à sua inteligência jurídico lhe faz dizer.juridica é o que ela diz *mais* o que o sistema „regra jurídica brasileira semelhança da regra jurídica alemã, a brasileira empregamos o termo reconhece é de propósito que a solução teria reconhecer, para que se tenha por firme que da promessa de ser a mesma, no direito anterior metade nascem dever recompensa, declaração unilateral deve dizer-se, errada- e obrigação de fazer ou de não fazer..

São eles os que em seguida enumeramos.

Também cumpre observar-se que a promessa unilateral de recompensa pode ser a determinada pessoa. Não é necessária-mente ao público, espécie de que cogitam os arts. 1.512-1.517 do Código Civil.

4. (1) A PUBLICIDADE. Sem o contrato com a ambiência jurídica, com

o *alter,* não há ato jurídico de promessa de recompensa. Se bilateral, há de haver pessoa determinada com que se contacte e possa produzir o acordo, o negócio jurídico bilateral. Unilateral, é preciso que a declaração de vontade encontre espaço jurídico em que possam estar as pessoas a cujo conhecimento haja de chegar. Quando o ato volitivo entra, de cheid, no ambiente jurídico, há contacto perfeito, posto que, em certo sentido, o mais imperfeitamente protegida dos contactos. De um lado, a manifestação de vontade de A; do outro lado, x.

A imperfeição é tão somente jurídica: muitas vezes, porque não urgente, a perfeição é prescindível. O *votum,* a *políjoitatio,* nem sempre foram, em Roma, vinculativos. Ainda hoje, no comércio, muitos negócios se fazem, que não têm sanção de direito: assiste-lhes apenas sanção moral, que é tanto mais forte quanto mais grave a importância da falta de sanção.

Aqui, temos de frisar que a pessoa pode ser determinada ou apenas determinável. Se determinada, ou há oferta <o que supõe que se cogite de acordo, de contrato), ou há promessa unilateral. Não é de pré-excluir-se a possibilidade da promessa de recompensa, da manifestação unilateral de vontade, a pessoa determinada como se se promete recompensar o ato de B, que salvou, ontem, no mar, a criança C.

Ó assunto que agora nos interessa é apenas o da promessa de recompensa feita de público e ao público.

A publicidade pode ser feita por diferentes modos, que se reduzem às quatro categorias de expressão vocabular:

a)O *escrito auténtico :* e. g., carta a determinada congregação, a grêmio científico, a assembléia, a visitantes de exposição.

b)A *declaração oral: e.* g., promessa feita em discurso, comício, proclamações, pelo rádio, pela televisão na promesse, accorder à quelqu‟un droit contre na personne, jusqu‟à ce que sa volonté concoure pour 1‟acquérir, par l‟acceptation qu‟elle fera de ma promesse". Quanto diferiu a argumentação de RENÊ

WORMS! Não resistimos à sedução de provocar o contraste: "Je ne puis", escreveu RENÊ WORMS *(De la Volonté unilatérale,* 5 s.), "assurément, modifier Ia situation d‟autrul par ma seule volonté: ce serait empiéter sur ses droita. Mais je dois pouvoir, par ma seule volonté, modifier ma propre situation: car j‟ai des droits souverains sur mol-même. Je puis, donc, par une declaration unilatérale,

m"obliger envers autrul".

Os redatores do Código Civil francês, parece, não supunham pudesse uma obrigação nascer da vontade do devedor, sem outra, que representasse a do credor. E não há motivo para nos admirar: pelo menos a *priori,* tratadistas recentes ainda consideram iníquo ficar alguém ligado por oferta que ninguém aceitou *(e. g.,* BATmRY-LACÃNTINERIE e BARDE, *TraiU théorique et pratique de Droit Civil,* XII, 1, 37). Tem-se a policitação como a oferta, ou a promessa, que ainda não foi aceita, e assim se pretende explicado o passo do Digesto: *poilicitatio est solius offerentis promissum.* Para alguém se obrigar, preciso é que sejam duas as pessoas: uma que promete, e a outra que aceita a promessa. A bilateralidade seria essencial ao direito, porque os fenómenos jurídicos são fenômenos sociais e, portanto, de relação, e todas as relações pressupõem dois pólos. A confusão de conceitos é evidente.

Percebe-se, na discussão, que se põem os juristas divergentes no plano da *eficácia* dos fatos jurídicos, aí, do negócio jurídico em vez de examinarem o problema no plano dos próprios fatos jurídicos. O negócio jurídico unilateral é um dos fatos jurídicos. Pergunta-se se ele existe, ou não. Isto é: se pode o negócio unilateralmente concluído entrar no mundo jurídico e vincular, como pode vincular o ato ilícito, o ato-fato ilícito e até o fato *stricto sensu* ilícito.

No direito privado, por isso que a bilateralidade *visível* ~ mais vulgar, não corriam muitas dificuldades aos contratualistas ortodoxos; porém no direito público os obstáculos cresceram de monta. Dai proveio menor aprêço ao conceito tradicional e anacrônico: a onda unilateral quase reduz o direito a uma ciência de *deveres,* a exótica deontologia jurídica. E tivemos o espetáculo distraente da luta entre duas teorias irredutíveis, enclausuradas em seus dogmas. Não é preciso esmerilhar, mais uma vez, a causa do desvio científico; evidencia-se a inaceitabilidade filosófica do método, que, embora entre si divergentes, urna e outra adotaram: o método subjetivo.

Sem que seja aqui o momento próprio para conclusões. observemos, desde logo, que os argumentadores pensam em relação jurídica, *que é efeito,* para exigirem que todos os negócios jurídicos sejam bilaterais. Não percebiam e não percebem que a unilateralidade é da *vontade:* um, só do seu lado, se se vincula e se obriga. A relação jurídica, que se constitui, irradiando-se do negócio jurídico unilateral, essa é bilateral, tem os dois pólos, o devedor e o credor.

<a) Quando se cogitou de formular a teoria contratualística, a

primeira concepção foi a do *contractus cum incerta persona.* Está em E. F. SOUCHAY, em 1882 *(Zeitschrift [Ur Civilrecht und Prozese, X,* 43 s.), G. F.

PUCHTA *(Kursus der In.stitutionen,* 3~a ed., 59), C. F. VON GERBER *(System des deutschen Privatrechts,* g~a ed., § 160), EMIL HOPPMANN (Uber die Natur des Papiergeldes, des Papieres *au porteur* und des Wechsels, ihre gegenseitige Verwandtschaft und Verschiedenheit, *Árchiv fiir deutsches Wechselrecht,* V, 258) e em E. vON SÂvrnNY *(Das Obligationenrecht,* II, 88).

As primeiras criticas foram feitas por escritores alemães e austríacos, principalmente A. RENAUU (Beitrag zur Theorie der Obligationen auf den Inhaber, *Zeitschrift flir deutsch,es Recht,* 14, 329 s.), J. UNCER *(Die rechtliche Natur der Inha,bervapiere,* 106) e J. E. KUNTZE *(Di.e Lehre vorn den Inhaberpapieren,* 1, 148

s.). A unilateralidade, que eles opunham, não satisfazia. O caminho, que nos aprouve seguir, foi o da investigação metódica, rigorosa, a análise das relações, e os resultados, se mostraram a inanidade da teoria do *contractus cura incerta persona,* não deram ganho de causa, integralmente, aos unilateralistas extremados: evidenciaram o particularismo, o subjetivismo de uns e de outros.

Trata-se de problema de fontes das dividas e das obrigações: se o negócio jurídico pode ser unilateral; portanto, se há, entre os fatos jurídicos (fatos que entram no mundo jurídico), uma espécie, que é a dos negócios jurídicos unilaterais.

Não se tinha de indagar se a relação jurídica podia ser só com um pólo, o *devedor.* Tinha-se de responder à pergunta:

o negócio jurídico pode ser unilateral?

(19 A teoria do contrato teve em O. VON VÓLDERNDORF‟F decidido seguidor *(Ruiitter /1k Rechts anwendung,* 25, 181). Foi ele um dos mais diretos criadores da construção dogmática contratualistica. Para ele, no direito comum (alemão) moderna, trata-se de locação de serviço, ou de contrato de obra, contrata análoga ao de honorários, com a particularidade de ser determinada a outra parte, não por sua pessoa e por seu nome, e sim por pressuposição.

Ressalta o artifício da explicação . Há verdadeira cata de figuras particulares, com o intuito de ser composto o instituto; mosaico de tijolos inajustáveis, de côres e traços diferentes,a teoria (se assim lhe

podemos chamar) de O. VON VÔLDERNDORfl teve o grande pecado de não explicar: afirmou, dogmatizou. Note-se bem: locação de serviços; analogia com determinação de um figurante, e de outro não.

§ 3.614. Posição do problema após as críticas às teorias contratuallsticas 1.COMPARAÇÃO DE INSTITUTOS. Talvez fosse mister (diz-se) pelo menos para apurar o valor das teorias distinguirem-se, como dados reais, isto é, colhidos na vida, das ofertas e das promessas ao público obrigatórias os meros convites, sem eficácia vinculante *(invitationes ad offerendum).* Isso seria como verificação de doutrinas do orgânico pela separação entre Me e o inorgânico, o que encheria a discussão de diversôrios metafísicos. De certo que havemos de ter em conta os casos de não-vincularidade, mas será o que residualmente nos ficar da análise das relações em que se manifesta o caráter vinculativo.

Tais *invitationes ad olferendum,* definia-as 3. G. BREMEN *(De Tractatibus,* 2) do seguinte modo:

"Propositiones conventionem antecedentes, quibus partes absque animo obligandi siM invicem contrahendi declarant".

R. SOHM dá às ofertas juridicamente eficazes, válidas, obrigatórias , o nome de ofertas *in incertam personam.* Porém reserva o de ofertas ao público, denominação em que se evideneia a intenção abstrativa, às *invitationes ad offerenduin.* Nâo há dúvida que pretendia R. SOEM (Vertragsschluss unter Abwesenden und Vertragsschluss mit eíner "persona incerta", *Zeitschrift flir das gesa~mmte Handetsrecht,* 17, 47 s.), caracterizar a oferta obrigativa como a *uma* pessoa, ainda indeterminada, mas determinável, do público. Ao próprio ato de aceitação caberia tal designação do *outro* sujeito da relação jurídica. As *invitatianes ad offerendum* seriam simples convites, demasiado incertos, abstratos, sem direção subjetiva, para que pudessem obrigar ao oferente.

A explicação de R. SOBM pareceu plausível, nao só pela feição lógica, que apresentava, como pela inteireza, com que satisfazia às exigências de boa construção dogmática. Verdade 6 que os fatos não a confirmam e antes a desmentem: não há entre as duas categorias, ofertas vinculantes e ofertas não vinculantes, distinção perfeita, como não existe entre o direito e o não direito, o orgânico e o inorgânico.

Devemos afastar todas as noções de ser, para somente atendermos às noções de relação . É a lição de BAOON; é a lição da ciência moderna,

que não pode mais abismar-se em pesquisas de natureza, como aprazia a escolásticos e a metafísicos.

Por outro lado, a separação era artificial: expulsava do quadro das relações vinculativas muitas ofertas, que o eram. Assim acabam todas as teorias, jurídicas, ou nio, desde que uiio sejam simples induçóes. Observar os fatos e depois induzir.

Já em 1883 se propês J. BmRMANN (Rechtszwang zum Kontralíiren, *Jherings Jahrbúcher,* 82, 267 s.) a empresa de mostrar que o critério lógico e restritivo de R. SOEM, sem a necessária elaboração científica, que só de fatos se faz, havia atirado ao grupo das *invitationes* algo que a ele não devia ser relegado, & deu provas da sua afirmativa. Em todo o caso, o critério que opôs ao de R. SOI-iM não era, em si mesmo, definitivo, e não podia ser aceito pela ciência, senão como expressão feliz para a desiginaçào da sua teoria: a fungibilidade dos aceitantes. Feito que sem valor científico, demoliu a obra de R. SOHM, que postulava a juridicidade da determinação subjetiva, ainda que retardada pelo lapso entre a oferta e a aceitação, e a não-juridicidade das *invitationes ad offerendum,* que se dirigiam ao público *in abstracto.* Combateu, em refutação coerente com as suas idéias, que o principio da irrevogabilidade, inserto nos códigos para as ofertas entre pessoas singulares, fosse aplicável às dirigidas *ad incertas personas.*

Cumpre não esquecermos a noção de *fungibilidade subjetiva,* que é assaz pitoresca. Todos sabemos o que são coisas *fungiveis,* coisas que podem ser substituidas por outras do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

Pois bem: o jurista lançou mão de tal conceito para arquitetar a teoria da fungibilidade dos sujeitos. No caso, dos destinatários.

J. HIERMANN conseguiria, com isso, o mesmo que, no direito de compra-e-venda e noutros contratos, a noção de *fungibitidade* objetiva obtivera.

Propôs HARTWIG NEUMOND <Der Automat, *Arch,iv fúr die civilistisehe Praxis, 49,* 166 s.) outro critério, bem parecido com o de R. SOEM, para distinguir as ofertas vinculantes e os avisos ou anúncios não vinculantes: a possibilidade de *antecipada mente* determinar-se o número de aceitantes. Assim, até à concorrência do número predeterminado, o oferente seria vinculado, e onde não houvesse a predeterminação não haveria vínculo. De acordo com tal critério, que, aliás, não é inferior a nenhum outro, e mais aproximado da verdade, que os outros, quase todas as ofertas e promessas vinculam. Mas se

entendemos necessária a notificação numérica, poucas poderiam ser vinculativas, inclusive os aparelhos automáticos. O que nos parece que nos mostra a análise das relações é que não se podem adotar, em tal assunto, como em nenhum outro, critérios ou princípios *puros.* A vida zomba deles, como do homem *abstrato* ou *natural* da filosofia política do século XVIII, a que se devem os bens e os males da modernidade.

Cria li. MARSSON que a declaração de vontade do oferente ainda quando contenha todos os requisitos da oferta somente pode ser tida por oferta "válida", isto é, vinculativa, quando, por seu próprio conteúdo, faça *objetivamente* reconhecíveis os destinatários ou o destinatário <RIcI-IARD MARSSON, *fie Natur des Vertragsschlusses,* 39). Não deixa de ser interessante e proveitoso tal critério de reconhecimento e não há negar o fundamento de observação, que pressupõe. Para se praticar o conselho de RICHARD MÃRSSON

será preciso, nem mais nem menos que o nosso método de análise das relações. E, então, *toilitur quaestio.*

A alguns pareceu absurdo referir-se a contrato com uma só pessoa a oferta dirigida a muitos, e observam que, por necessidade abstrata, a tal contrato deve corresponder oferta endereçada a uma só pessoa. Tais considerações têm apenas valor crítico; e, a propósito dos títulos ao portador, censuramos também ao contratualismo ortodoxo o querer explicar a existência do sujeito ativo da relação vinculante pelo apontar o *unus ex publico* e concluir com a afirmação da bilateralidade.

À abstração global "publico" recorreram, após .1. BIERMANN, juristas como WILHELM ZSCHIMMER, FRITz ScHILLER, PAUL KRÚCKMANN e outros.

Contra R. SOHM está WILHELM ZSIJHIMMER <*fie 0/ ferten an Publikum,* 1 s.), que seguiu a J.

BERMANN, porém com traços originais, que são, justamente, os dotes de análise, que mostra ter, e o uso que deles faz. Mas entre analisar e acertar pela análise (o que requere rigores de método e sobriedade no induzir) há grande diferença. Nas ofertas vulgares, a proposta é perfeita quando chega à cognição de destinatário (o autor pressupõe tal sistema para raciocinar, mas, se vigente outro, *mutatis mutandis).* No caso de ser destinatário o público, não seria admissível que se exigisse, para a perfeição, que *todo* o público dela tivesse notícia.

Deu FRTTz ScDHILLER *(Rechtsverhiiltnisse des Automaten,* 30 s.) ao dado psicológico enorme importância: a intenção do oferente é que há

de decidir; a direção da oferta a muitas pessoas não obsta à sua validade; é *na intenção do oferente ou proponente que se deve procurar o fio da questão.* Isso era sair de um subjetivismo, o de R. SOEM, que ele combateu, e cair noutro,.que não é melhor, nem menos inseguro.

Sente-se que todas essas teorias foram *ensaios* adaptativos, sente-se que se tacteava e que se vacilava.

Mas também que se rumava para a verdade.

2.ATENÇÃO À POSIÇÃO DO FIGURANTE, DADO INSUFICIENTE PARA EXPLICAÇÃO. Alguns autores procuraram resolver, por simples prejudicial, a questão. É a pessoa, diziam, de quem parte a declaração, que inicia a revelação contratual. Porém, nas ofertas ao público, o oferente pode ser obrigado sem haver intenção de ser devedor; então, a iniciativa caberia ao credor, e ao devedor o aderir a ela *(e. g.,* GIovANNI BAVIERA, *L"Offerta aí pubblico,* 73 s.). Segundo tal opinião, nos negócios jurídicos unilaterais, não haveria razão para qúe não tomasse a iniciativa da relação jurídica o credor, em vez do devedor, o que se dá nos demais. Lembraram a *stipulatio romana,* em que outra não era (diziam) a posição dos sujeitos da obrigação: o credor solicitava a promessa do devedor. Contra, PAUL KRÚCKMANN *(Uber den Vertragssckluss,* 5).

Não é lugar para voltarmos a argumentos, que já foram expendidos. Trata-se de mais um esforço para, em lugar de ferir, de frente, a questão, eliminá-la; mas eliminá-la com a afirmativa de deslocação de iniciativa, que nada explica e, quando muito, constitui fato, para o qual serão de mister a pesquisa, a análise e a explicação. Fato, que precisa de ser explicado, não pode servir para explicar o que é ainda mais obscuro e mais complexo do que ele. Demais, aceito que parta do credor a iniciativa, e a ela tenha de aderir o devedor,

~ onde a solução do problema que todo está na fase que medeia entre a promessa ou a oferta e o ato do *unus ex publico?* Elidir tal período é modificar, alterar, escamotear, digamos assim, os termos liminares da questão, e não resolvê-la, o que somente se conseguiria com teoria ou construção que *explicasse* aquele lapso de tempo, que se pretendeu excluir, não para simplificar, mas para "afastar" o problema. A espíritos acostumados a análise não poderia seduzir tão falho critério: há o ato do promitente, a irrevogabilidade (às vezes), antes de qualquer ato do *unia ex publico,* e nada justifica saltar-se o cômoro e seguir-se por outra estrada. Não é assim que se vencem os labirintos. Os fatos não se adivinham, nem se refazem: decifram-se.

A palavra *explicação* de *explica,* dobras supõe algo que se desliga, que se desarticula e se desdobra.

3. ALUSÃO AO CONTRATO DE OBRA E AO DE EMPREITADA. Há quem considere a promessa de recompensa como locação ou contrato de serviços, particularmente de obra, e daí, além de uma série de conseqüências, por vezes aproveitáveis, a definição que se lhe dá: contrato de obra (empreitada) com forma particular de conclusão contratual (JOSEF KOHLER, *Lehrbuch des Rhirgerlichen Rechts,* 1, 549, e II, 356).

A simplificação conceptual, Sobre digna de análise, seria sedutora. Reduzir a um instituto todo esclarecido, cujos princípios já foram aplicados e depurados na prática, um outro, que nos apresenta caracteres só teoricamente apreciados, máxime na prática, fora, em verdade, benefício intelectual de grande monta. “O

contrato de obra não ocorre, com a oferta e a aceitação, entre duas pessoas determinadas, e sim com uma oferta *(Ántrag)* à totalidade do povo, à comunidade *(Votksgesamtheit)* e, depois, aceitação de alguém dentre o povo, *Annah.me von jemandem aia de*“*,n Volke,* e contrato cuja aceitação se dava pela execução de serviço, da obra chama-se isso promessa de recompensa, *Âuslobung”.*

Por vezes teremos de fazer referência às idéias de JOSEF KOHLER. Por enquanto limitemos as nossas considerações a critica sucinta. Três são os principais argumentos contra a sua explicação.

a) Colide com as tendências filosóficas do próprio formulador. A quem considera o direito fenômeno de cultura, manifestação da civilização, submetido, pois, às suas criações efetivas, instituto novo, como a promessa de recompensa, não deve ser reduzido a forma anterior, velha, de contratar. A diferença entre a empreitada e a promessa de recompensa está nos próprios conceitos e no quanto de cultura, que entre elas permeou. Esse elemento distintivo, índice de progresso, de civilização, de história, relembra o que se deu, em prístinos evos, com a troca e a compra-e-venda, pois que a sucessividade não se lhes pode negar, nem nos é permitido desprezar, a despeito da atual coexistência, as antecedências, a justaposição *no* tempo, a velhice relativa e a novidade de tais contratos. Nem a troca se reduz a *duas* compras-e-vendas, porque seria absurdo explicar o existente pelo que vai existir (e o método histórico toma, no ensejo, o inteiro domínio da investigação) ; nem a promessa de recompensa se há de desvestir de

seus caracteres próprios, a fim de se dessorar em simples contrato de obra, ou empreitada, pois que importaria negar-se aquela evolução hegeliana, que tanto inspirou JOSEF ROELER *(Enzvkloptidie der Rechtswissenschaft,* 1, 1.~ ed., 12 s.; *Einfiihrung iii die Rech.tswissenschaft,* 3 s.). Éle não apresentava a evolução como uma curva simples, e sim formada, a cada instante, de sinuosidades. Mas não se levou à absurdidade da *reversão* histórica, o que importaria negação de seu hegelianismo. Ao *fieri* hegeliano repugnaria tal idéia. Existir, segundo HEGEL, é surgir e passar; os casos individuais e finitos são apenas formas passageiras do universal, que, por sua vez, nada mais representa do que generalidade, soma lógica dos finitos. Ora, a imanência, que aí se afirma, só concerne à substância, e não à forma. As formas são irredutíveis, salvo no que se nelas encontra de *substância.* Sobre a filosofia hegeliana, nesse ponto, veja A. SCHWEGLER *(Geschichte der Fhilosophi.e,* 442).

Na história, uma forma surge de outra forma, como uma necessidade, que se impõe. Nada se cria em si mesmo ou de si mesmo; nada se compõe *ex nihilo.* As anterioridades, temos de considerá-las em toda pesquisa séria; mas o passado não está *inteiro* no presente,, nem fatos dEsse produzem *integralmente* eventos de antanho. A evolução realiza-se pela sucessão de fatos e formas novas, ainda que com o mesmo cabedal de matéria: a substância persiste idêntica a si mesma, a forma varia e progride. A reversão é impossível: porque *todos os fatos sociais têm em si a atuação de todos os elementos estáticos e dinâmicos da sociedade.*

Um poeta francês, PAUL CLATJDEL, de nobres maneiras no pensar, dizia, na sua obra *Art Poétique:* "La minute présente diffère de toutes les autres minutes en ce qu‟elle n‟est pas la lislêre de la même quantité de passé". Mas então £que vale definir Osse mutável passado, que, mal se conta, muda, mal se observa, converte a si o presente e o futuro?

O naturalista, escrevia um dos propulsores da morfologia, há uns cinqUenta anos, A. GIARD (Morphologie, *De la Méthod,e dans les Sciences,* 1.~ série, 218), deve, após exame suficiente, distinguir um ser vivo e pó-lo no lugar, que lhe convém, nas inumeráveis séries das formas realizadas; mas deve também encontrar nesse ser o conjunto das causas atuais e passadas, de que ele é expressão morfológica: "toute l‟histoire de l‟univers est écrite sur les ailes d‟une mouche". Verdade, para as ciências naturais, as frases do professor francês também o são em quaisquer disciplinas, nomeadamente as sociais. No direito de um povo, como em sua metafísica, há o índice total das forcas desenvolvidas ou latentes: Assim como, considerada em estado

estático, em dado momento, toda forma organizada parecia a A. GIARI, como função dos outros sêres, que o rodeiam, e dos fatôres, por exemplo, climáticos, geológicos e orológicos, da parte da terra onde ela está, assim também os institutos jurídicos refletem em si o estado geral do país, os elementos de ordem material, cultural, filosófica e moral. A promessa ao público, por exemplo, denuncia, no direito brasileiro, muita coisa, que o sociólogo deve rascunhar em seu livrinho de dados positivos: o muito de leitura e de ciência européia que se conseguira assimilar, a ponto de se adotarem, fâcilmente, instituições novas, a despeito de aferro assaz louvado ao velho direito peninsular, que mais subsiste no Brasil do que em Portugal; a influência da *cultura alemá,* em meio de mais característico pendor e preferência pela *literatura* francesa e pela inglêsa; o hábito de pensar, cientificamente, e o que nem todos os países possuem: a coragem de adotar; o nível relativamente não alto dos corpos legislativos e da política nacional, porém, às vezes, com a virtude de deixar ao jurista a sua seara. Assim vemos a mentalidade assimiladora de CLÓVIS BEVII4ÂQTJA e a ação de algum membro da Comissão extraparlamentar, com certeza LACERDA DE ALMEIDA <cujo espírito atestava a influência germânica direta) dotarem o país de novo instituto, o da promessa de recompensa, que a doutrina brasileira já reverenciava. As regras jurídicas dos arts. 1.512-1.517 reproduzem as regras jurídicas do Código Civil alemão, §§ 657-661, mas a gôta de água não descora porção de carmim, nem o pingo de tinta posto em copo de água se conserva idêntico a outro pingo de tinta: regra jurídica tirada do Código Civil francês ou do italiano e inserta no direito brasileiro dilui-se na ambiência jurídica do Brasil, remodela-se, vive outra vida, e por vezes, embora igual na forma, *não dirá a mesma coisa.* Serve-nos de exemplo o art 521 do Código Civil.

Os arts. 708 e 709 do antigo Código Civil italiano foram as fontes *formais;* mas as referidas regras jurídicas pressupõem, *lá,* o art. 707, para o qual não temos cor-respectivo: a regra *En fait de meubles possession vaut titre* nunca foi anunciada como regra jurídica, nem o é agora, nem sequer a tradição do direito brasileiro permitiria a forma atenuada do art. 707 do revogado Código Civil italiano. Assim, o direito italiano não serviu para interpretação; o que dizem os arts. 708 e 709 não é o que *está* no art. 521. A gôta de água caiu em porção de carmim.

Toda a história do universo está escrita nas asas de uma mosca , consoante o dizer incisivo de A. GIARD. A paráfrase não é menos verdadeira: em qualquer regra jurídica do Código Civil *falam* ou *devem falar* todo o direito civil escrito e o não escrito. Todo Código Civil estatui através de cada artigo. Mais do que o Código Civil: a

Constituição, as outras leis civis (que as há, e tantas, além do Código Civil), os índices sociais de cultura, de religião, de moral.

Ora, se assim é, ~como reduzir-se o direito de hoje ao de ontem, a promessa de recompensa ao contrato de obra, a troca a *duas* compras-e-vendas? A variação *no espaço,* o diluimento nas migrações, ou nos replantios, não é mais expressiva do que a operada *no tempo.* Nem a promessa de recompensa, no direito brasileiro, pode ser *idêntica* à do Código Civil alemão, nem o contrato de obra basta à explicação fenomênica do novo instituto. E J. KOHLER tanto frisou a necessidade de "interpretar-se o direito de um povo com toda a sua cultura", atendendo-se aos fatôres econômicos, e aos reflexos morais e religiosos, que se desenham ou se insinuam na lei! ~ Por que, então, tirar-se ao instituto da promessa de recompensa os seus caracteres próprios, aquela porção de considerações éticas, econômicas e até religiosas, que histôricamente compuseram, no substancial, a moderna *Auslobung?* A redução da nova instituição jurídica a contrato de obra, ou de empreitada, ou se haveria de ter por simples assimilação *formal,* ou constituiria, filosôficamente, contradição com o todo do pensamento filosófico de J. KoHLER. A~ situações sociais, os argumentos concretos (digamos assim), as realidades ambientes, que a rodearam na formação e rodeiam, .hoje, a promessa de recompensa, são outras, diversíssimas das que cercavam e cercam o contrato de obra, ou a empreitada. O

direito tem que ser estudado, cientificamente, na totalidade das relações, naquelas mesmas relações que, embora sociais, em sentido estrito, determinam, modificam, alteram e encaminham os fatos do direito.

Sempre que, em vez do conhecimento unitário, bem que, de origem, analítico, do direito, como processo de convivência humana, e de cada regra como ressonância de um todo de normas e circunstâncias, se procede a discrimes didáticos, não é científica a investigação: viria o anacronismo, em suas infinitas variedades, como a de se reduzir e explicar o atual pelo posterior (troca pela compra-e-venda), o de hoje pelo de ontem (promessa de recompensa, pela *poilicitatio).* Ora, a história do direito localiza no tempo, perfeitamente, tais institutos eles são *formas;* irredutíveis , pois, entre si. Há algo nos contratos de troca e de compra-e-venda que é idêntico (substância)~ e isso é objeto da indagação científica. Nota-se o mesmo nas *polticitationes* romanas e nas promessas de recompensa: a obrigatoriedade da declaração unilateral de vontade, e conseqUentes fenômenos externos de aparente auto-obrigação. O investigador, na análise das relações , há de mostrar a função fecundante da lei. Mas uma e outra não constituem um só

fenômeno; são duas formas, dois acidentes, e uma só substância. Não é diferente o que ocorre quanto ao contrato de obra: há elemento igual, o fazer, o satisfazer, o servir a alguém ou a outrem. Mas a empreitada e a promessa são entre si irredutíveis, como formas. E para o provar, pouco se precisa:

a vontade qualificada do executante é desnecessária, na *Auslobung;* quem quer que faça o serviço, ou satisfaça a condição, pode exigir a recompensa estipulada, ainda que o não executasse, ou não a aprontasse pelo interesse da promessa.

b). A assimilação tentada por JOSE? KOHLER também peca pela desigualdade de esferas e a inadequação do abrangido por um e outro dos contratos. A empreitada supõe pagamento; o *preço* da obra é essencial. Não assim nas promessas de recompensa: o promitente pode dar em recompensa simples valor honorifico, de mera distinção social e mundana. O caráter remunerativo do prêmio vai de máximo a mínimo. Às vezes orça pelo infinitesimal o que se lhe percebe de "pagamento". O instituto *quase* se confunde, de verdade, com a doação; e o processo de Josn KoHLn seria aplicável para apresentar a promessa como um caso de doação remuneratória, o que seria absurdo, "Dou cem mil cruzeiros a quem fOr ao baile de carnaval com a mais linda fantasia"; eis perfeita promessa de recompensa, em que a ausência de utilidade para o promitente (que é, caracteristicamente, doador), e até mesmo de utilidade humana apreciável, afasta idéia de empreitada. O

vencedor não fêz mais do que *vestir.* Ainda se pode excluir o fazer, e então nenhum será o caráter de serviço

: "Dou cem mil cruzeiros a criança mais sadia <lo Rio de Janeiro". Em tal exemplo, tão vulgar nas chamadas

"Festas da Criança", o fazer não existe. Não se cogita de ação do *li?? „IS CX publieo,* mas de verdadeiro elemento táctico independente da vontade imediata dos pais ou da criança premiada. Foi por isso que o Código Civil brasileiro, indo além do alemão, frisou: "fizer o dito .serviço, ou satisfizer a dita condição". Os concursos de beleza, a par dos de robustez, e até os de intuitos chistosos (e. q., o homem mais magro, mais gordo, mais gago, mais feio), constituem outros tantos símiles, e com pequeno esforço de memória e de imaginação, poder-se-ão enumerar dezenas de outros. Seria ridículo chamar a promessa de recompensa ao homem mais feio contrato de obra, ou de empreitada.

(Não é aqui o lugar para discutirmos se é séria a promessa ao homem "mais feio". Voltaremos ao assunto; mas, desde já, para que se mantenha a *virtis probandi* do argumento, imaginemos a promessa de recompensa feita por força de disposição testamentária. Não se pode deixar de atender à vontade do testador.) À empreitada foge, por igual, a promessa consistente em *do ut des.* Diremos mais: o contrato de empreitada.

ainda (assuma feição de oferta ou proposta, regula-se pelas regras jurídicas do art. 1.080 do Código Civil, e na promessa de recompensa haverá, a mais, o elemento "incerteza", multidão, agrupamento público; não se pode negar que nisso se acha diferença: a vontade do proponente não vai *direta* a alguém; parte, mas não assenta; não se depara o *alter* indivíduado. mas o *alter* geral, a ambiência, a sociedade. Ainda assim, há outro problema: ;pode ser unilateral a promessa de recompensa sem ser ao publico?

A unilaferalidade é a manifestação da vontade; não da relação jurídica. Não há relações unilaterais. não há relações, quaisquer, unilaterais.

§ 3.615. TEORIAS UNILATERALISTICAS

sem interesse e, quiçá, sem conhecer a promessa, parece que a teoria contratualística ortodoxa nada mais pode tentar.

A explicação contratualística ortodoxa evidencia-se rudimentar, de simplicidade rastreante, porque toda consiste em inferência ligada à sensação de movimento. t, pois, erro derivado de fato psicológico, com efeitos lógicos.

As idéias do trecho acima merecem ser compreendidas. Nas análises das sensações de movimento, os fisiologistas assinalam dois elementos essenciais a elas: a) fixação dos dois termos extremos do movimento, o *a quo* e o *ad quem;* b) a percepção de intervalo de tempo entre a partida e a chegada. Mas isso que, psicolôgicamente, só se realiza na percepção dos movimentos lentos, se forma por inferência em todos os outros:

se vejo o ponteiro do relógio em 2 horas e, depois, em 12 horas, *infiro* que percorreu. Se infiro é porque tenho conhecimento geral dEsse fato, devido a alguma experiência mais direta.

Os contratualistas, munidos, como é justo reconhecer-se, de algumas

verdades, reveladas na elaboração do direito romano, e no moderno, criam e crêem no *juris vinculum,* que é a relação jurídica, enlaçada, como todas as relações, entre dois extremos. *A* compra a *C* um objeto e não lho paga no mesmo dia; a relação jurídica é patente e, pela simplicidade da hipótese, insofismável: *Á é* um pólo, e *C,* o outro pólo. Entre eles medeia o *vinculum juris,* que se expressaria por traço, ou por linha pontilhada, se fOsse preciso emprestar-se *visibilidade* aos fatos, para que eles tivessem realidade. O ser visto não é condição de *ser.* Se *A* paga, desfaz a vinculação: solve-se a dívida. Os étimos de *solutio* e *btáÀu0tg* são expressivos: solver, desagregar, desunir, romper.

Outro exemplo: A toma de empréstimo a B mil cruzeiros ou um livro; a relação de mútuo, ou de comodato, estabelecida entre eles, um, o mutuário, ou comodatário, e outro, o mutuante, ou o comodante, liga-os duradouramente.

E assim ocorre em todos os casos simples, quase diríamos primários, de ligação jurídica. Nada mais perigoso, nas ciências, que o pressupor-se a simplicidade de todos os fatos, pelos crer ajustáveis ao mesmo modêlo original, a unidades perfeitas, *Urphaeno*"*mene,* que se podem *descrever,* mas não se podem *derivar.* O

quantum, a sensação pura e quejandos "princípios",servem para guiar-nos, mas ninguém nos prova a sua existência autônoma e empírica. Não atenderam a isso os contratualistas, quer no estudo do título ao portador, quer no da promessa de recompensa e outros fatos semelhantes: entre os térmos extremos, que mais ao alcance da vista deparavam, *inferiram* a relação jurídica, o liame jurídico, o *juris vinculum.* Entre o emissor e o primeiro tomador, isto é, os dois indivíduos mais próximos na vida circulatória do título, ou entre o emissor e o último portador, os dois mais afastados, viram a realização do laço jurídico em sua mais límpida singularidade, em seu estado puro. Era o caminho aberto da abstração, em que os mais deles se empregaram, para o triunfo fácil, bem que passageiro, dos adversários. O facilmente visível iludiu-os, havia o termo extremo de *outra* relação, viram o da relação, que lhes cabia explicar. Puseram entre os dois pólos visíveis relação, que não existe, conteúdo falso. Porque viram sêres, e não relações, abismaram-se, sem o querer, no vício do ontologismo. Acertar seria, então, obra do acaso, e não do método. Foram vít imas de ilusão. O que nos incumbe, portanto, não é derrocar os seus princípios, as suas idéias mestras, mas *retificar-lhes* a aplicação aos casos demasiado complexos do título ao portador, da promessa de recompensa e de outros institutos, que todos são iguais em elemento, bem que difiram em processo de composição.

Em vez de verem a relação jurídica como eficácia dos fatos jurídicos, viram a relação entre manifestantes de vontade. Ora, a relação jurídica é *posterius.* Não é preciso que entre os manifestantes de vontade haja bilateralidade.

§ 3.615. Posição do problema após as criticas às teorias unilateralísticas 1.REMIssÕES AO DIREITO SOBRE A "POLLICITATIO". A promessa de recompensa é aplicação ou extensão da *poilicitatio* romana obrigativa. *Poilicitatio,* definiu L. voN ARNDTS *(Lehrbuch der Pandekten,* 8,a ed., 408 s.), chama-se, em sentido estreito, a promessa unilateral, que produz obrigação, sem que se faça mister a aceitação da outra parte. Passou ele revista aos casos romanos, como a promessa à cidade e o *votum.*

Quanto ao direito moderno, escreveu no mesmo conceito deve incluir-se a promessa de recompensa, isto é, a promessa pública a pessoa indeterminada que pratique algum ato. Entenda-se: ato positivo ou negativo.

Não foi diferente o pensamento de A. BrnNz: *(Lehrbuch der Pandekten,* II, 145) : equiparou à policitação *ao Estado* a policitação *ao público.* Os princípios Sobre uma apanham, no direito evoluído, a outra.

Em princípio, a explicação foi insuficiente: ; onde a lei que lhes deu obrigatoriedade? A analogia basta?

Então, foi o raciocínio que a fêz vinculativa. A simples promessa, onde a regra jurídica não se revele, menos como *norma agendi* do que como expressão de vincularidade, não se empresta, a si mesma, obrigatoriedade.

A autogonia não é menos absurdidade na sociologia do que nas ciências da natureza. Ou o fato, que se observa, é relação, para que pertença ao direito; ou não o é, e então inconcebível fora a obrigação. O que se estendeu à promessa de recompensa não foi o instituto da policitação romana. O que ocorreu foi outra coisa, e diferentíssima: o mesmo *fato* que se dera quanto ao *votum* e à *poilicitatio à* cidade, repetiu-se, na promessa de recompensa. Esse fenômeno foi a intervenção da lei, por intermédio do poder público. Nem razão tem H.

SIEGEL em procurar novos princípios, nem J. UNGER em buscá-los àpolicitação do direito romano. A análise das relações, tal o que se necessitara fazer; e ela nos evidenciaria a *inexistência* da obrigatoriedade, ou da acionabilidade, em Roma, ainda que já então

se usassem promessas públicas de recompensa, e a *existência* daquela, ou de ambas, em alguns códigos modernos. A variação tudo esclarece. Se, no curso da investigação de transformações, descobrimos na *coisa* primitiva elemento, que na moderna não há, ou se, inversamente, essa acusa virtude que a primeira não tinha, não podemos, atendendo a boa orientação metodológica, deixar de atribuir a essa variação os efeitos da evolução ou mudança. Se procedemos analiticamente e verificamos que cessa a diferença quando se elide a fato observável (víncularidade da promessa), não precisamos de outras provas ou argumentos. A indução basta-se a si mesma.

O próprio não desconhecia algo de decisivo na lei, ou, pelo menos, na sua extensão. Porque, em verdade, o alargamento da solução romana da *pollicitatio,* até apanhar os demais casos modernos, sem lei expressa, só se poderia explicar como resultado da exegese, da analogia, dos métodos hoje formulados de interpretar a lei, de olhos fitos nas realidades da vida. Mas ai a extensão seria lei. A norma oriunda do processo analógico legítimo é mais do que sombra da lei:

é a lei mesma vista pelo jurisconsulto, pelo intérprete, pelo juiz.

2.EXTRAPOLAÇÃO DO UNILATERALISMO. Outra teoria, radical (encontradiça, hoje em dia, menos por seu valor intrínseco, que o tem, do que pela novidade de suas afirmações nem sempre entendidas pelos recentes adeptos), propôs-se reformar, *ah imis,* a dogmática jurídica. E a um dogma substituir outro dogma: ao rígido e expressivo sistema explicativo dos juristas romanos, em sua mais estreita feição, que é a da *necessidade de serem determinados os sujeitos passivos e ativos dos negócios jurídicos,* quis o novo rito que se preferisse a *teoria da unilateralidade como base normal das obrigações* . Atribuiu-se toda a importância à situação do devedor e quase nenhuma à do credor. No apagar-se o traço de união entre uni e outro, como se o direito fora suscetivel de se reduzir a casos de consciência, a fatos introspectivos, a sintomas auto-ativos, abriu-se-lhes o abismo do exame subjetivo, das indagações metafísicas, *a parte sub jecti.*

Houve em todo Esse movimento algo de germanismo, de orgulho ou de vaidade étnica, que fêz apontar-se à obrigação de fonte unilateral como criação própria, original, prístina, dos povos de além do Reno. A ingenuidade de tais convicções, se assim podemos chamar às idéias, em que vingaram, como se bçns frutos fossem, as preocupações de generalidade étnica, ficou patenteada na curta exposição, que fizemos, da declaração unilateral no direito romano. Foi HEINRTCH SIEGEL

(Do..s Versprechen ais Verpflichtungsgrund, 1 s.) o principal formulador da nova teoria, e a expressão máxima, entre os povos de língua novilatina, temo-la, na famosa tese do doutoramento de RENÉ WORMS.

Muito de verdade se lê num e noutro, mas a quem procure a verdade toda, sem enganosas aparências e ainda sem brilhos, que não sejam próprios, nenhum deles satisfaz.

Dentre os benefícios (e as doutrinas extremas, ao se digladiarem, se fundem) que nos ficaram da aparição das considerações hjstôrico-filosóficas de H. STEGEL, avulta o de reduzir a absurdo a afirmativa de existir, nos títulos ao portador, contrato com os portadores, ou com o primeiro tomador e cada portador, sucessivamente, bem como de haver *negócio juridico direto entre promitente e promissório ,* nas declarações de vontade ao público, e muito menos contrato futuro cuja oferta é a promessa, ou cuja palavra inicial se diminui à categoria de simples *invitatio ad offerendum.* Não que o direito positivo de alguns países, senão todos, permitisse a vincularidade. O que a nova discussão veio mostrar foi apenas o caminho para se assentar a vínculação pelo *ato* de um só indivíduo nos casos especiais ainda não reconhecidos pelos sistemas jurídicos dos referidos países. O defeito das concepções de H. SIEGEL foi, justamente, o de não perceber, ou melhor, o de não adivinhar os resultados *mediatos* de suas consideraçôes. Valem mais as teorias pelo que provocam, pelo efeito que snrtem, pelas tendências que se desencadeiam, do que pelo conteúdo de suas pretendidas aquisições definitivas. No bater e no recudir das bolas de bilhar, o que realmente importa não é o impulso, mas a resultante mecânica do impulso *menos* o rechaço. Os alemães e austríacos, e, com eles, escritores de outros povos, seduziram-se com o movimento revolucionário (digamos assim) e menos colheram de ensinamentos do que de sugestões. Faltou-lhes a consciência dos próprios entusiasmos; daí espécie de automatismo da inteligência, de subconsciência científica, que os levou a fantasias inverificáveis, a roteiros demasiadamente largos e perigosos transvios. No aproarem para terra, desfêz-se-lhes, a todos, a ilusão. Veio o cansaço, o desânimo; arrepiou-se carreira; e até em matéria cambiária, julgou-se, enfim, exageradamente, que "a teoria contratual, com as restrições importantes que deve fazer em favor do portador de boa fé, é suficiente para a letra de câmbio" (!) e se proclamou que "os partidários da teoria contratual se assemelham tanto, e tanto se aproximam dos que seguem a *teoria da criação ,* que mais se trata de pormenores e minúcias Sobre os quais não há acordo entre os próprios sequazes respectivos das duas teorias" (P. LEHMANN, *Lehrbueh drs flandcl.sichts,* 597 s.).

No mundo das idéias, os contrastes reduzem-se a forcas de resultância ; e foi o que proveio do embate, no encontro das duas teorias opostas, ambas ortodoxas, isto é, o máximo de bem que à ciência trouxe a afluência das novas idéias . Uma lixou à outra as anfratuosidades e arestas, que a cada uma fazia inadequável aos fatos.

Se confundíssemos a unilateralidade da manifestação de vontade com a unilateralidade (absurda) da relação jurídica, teríamos o *subjetivismo:* veríamos o fato, a relação, *somente* do lado do *devedor.* Pelo exame do ato do declarante da vontade, e do destinatário, pressupõe-se entre eles vínculo? Seria a ortodoxia do contratualismo absoluto, que se forma por duplo exame *subjetivo,* auxiliado de frágil dedução. Outro devera ser o processo: a análise das relações. Essa nos mostrou: a) que não há vínculo obrigacional entre o promitente e o *unus ex publico* antes da apresentação; b) que os títulos ao portador não se explicam como laços entre subscritor e o primeiro, ou, muito menos, *todos* os portadores; e) que há vínculo, necessariamente, e a análise nos aponta os dois pólos: promitente e *todos;* d) que Esse laço inicial vincular constitui a preforma de outro, que é direito entre promitente ou o subscritor e o *unus ex publico* ou apresentante do título; e) que os títulos ao portador têm mais, em comparação com as promessas de recompensa, o elemento da vontade persistente, processo insinuativo, migrante, de vida externa, que se realiza pela tradição do papel e em virtude de *poder pleno.* Nas promessas de recompensa, o processo de exteriorização é direto a todos. Em vez de insinuativo, é generalizante. Em vez de migrar, expande-se, publica-se, anuncia-se a declaração de vontade.

Naquele, há um tanto do fato físico da propagação dos líquidos, o coar-se, o filtrar-se por entre os grãos de areia; nesse, à guisa dos gases, há a propulsão, o ocupar de chôfre o espaço aberto, o difundir-se, a súbitas, na ambiência.

Em meio aos deméritos, cumpre nunca nos esqueçam os benefícios científicos (talvez um pouco derivados e não imediatos) que nos trouxe a teoria de H. SIEGEL. O aferro à terminologia corriqueira tem feito confundirem-se os dois conceitos, filosófico e empírico, de "contrato". E ninguém mais do que o chefe da interpretação unilateralística se ateve ao último e descurou do primeiro. Daí a dissidência provocada, menos na ciência do que na escolástica jurídica, pelas considerações preocupadamente históricas de H. SIEGEL. A vontade é agente gerador dos laços jurídicos; e foi conquista da ciência geral, refletida no direito, o reconhecimento da determinação dos atos humanos, as exceções de subconsciência e a inconsciência nas volições. Mas o direito é uma ciência de relações. Se

não é imprescindível ao mundo jurídico a intencionalidade (atos ilícitos de mera culpa, responsabilidade pelos fatos de animais e outros fatos *stricto sensu* ilícitos ou atos-fatos ilícitos), o mesmo não se pode dizer do contacto de outra vontade. O ato sem o conúbio produziçao pelo interesse do *alter* (em sua significação de caso particular em que a força social, o *socius,* se individualiza) ou do *socius,* ou caso genérico, em que o *alter* se generaliza, não suscitaria nunca fato jurídico, porque ficaria inerente ao eu, dependente dele, restrito à esfera individual de atuação. Faltou a H. SIEGEL, para que visse tudo isso e tomasse a estrada larga dos métodos científicos, o cabedal ao seu tempo menos opulento, e em parte inexistente

das aquisições definitivas no terreno da Psicologia, da Sociologia, da Filosofia científica. Aí os seus desvios, ou, melhor, a causa deles.

Passemos ao que importa, de benefícios à ciência, no meio dos desserviços a ela.

O que declara algum, que o possa obrigar, publicamente , considera-se adstrito ao cumprimento do que declarou: a sua obrigação não se impõe a ninguém, pensa o teorista, e se acaso se dirigisse a algum particular, Esse teria a faculdade de rejeitar. O que se opera circunscreve-se à zona exclusiva de influição do agente, do declarante; ele não força ninguém a ter direito, nem, tão-pouco, a tomar situação jurídica de relação. O laço é todo passivo; deve ficar à disposição daquele a que se fêz a proposta do contrato, ou do *unus ex publico.* O

declarante, unilateralmente, pois que declarou, ligou-se por sua palavra, obrigou-se a honrar a sua declaração *(Verpflichtung im Wort vi bleiben).* Até aqui a dialética de E. SIEGEL. Embora o método subjetivo lhe falseasse as conclusões e dessorasse os seus estudos, certo é que a espécie lhe apresentou face digna de exame, e começou a ação benéfica, não da teoria em si, mas das premissas de E. SIEGEL. A distinção, a que procedeu. entre a obrigação de honrar a sua palavra e a de executar a promessa, constituiu elemento inestimável para o bom encaminhamento das investigações científicas do instituto. O mal da teoria de H.

SIEGEL foi não *ver* dois efeitos ou faces do negócio jurídico unilateral (dever de honrar a promessa e obrigarão de cumpri-la) as duas causas eficientes, fàcilmente reconhecíveis por qualquer espírito dotado de conhecimentos sociológicos e certo de que o direito não se concebe sem relações.

Sobre o alicerce inadvertidamente colocado por E. SIEGEL iniciou-se

grande edifício e a conseqüente demolição do monumento que ele pretendera ultimar.

A obrigação de manter, de honrar a palavra, denuncia o caráter imediatamente *social* do vínculo. ~ a lei que a produz; a ambiência social, em sua função fecundante.

Se não há lei (direito), a obrigação (jurídica) de manter não existe. A obrigação de *cumprir* deriva da outra, extrinsecamente; entre elas há mais do que justaposição: aquela é pré-forma dessa. Nasce o dever, com a conclusão da promessa; nasce a obrigação, com a apresentação do *unus ex publico.*

Nos dizeres insertos acima está o alvo que a teoria de E. SIEGEL não alcançou. Mas, na história da ciência jurídica e particularmente do instituto da promessa de recompensa, os esforços dele se contam, hão de contar-se sempre, e é de justiça reputá-los de alta valia. Faltou-lhe, certamente, a iniciação filosófica e sociológica; careceu de subsídios e convicção para proceder ao estudo dos institutos jurídicos em seu dinamismo, em sua causalidade, em sua função; limitou-se a anatomizar, a considerar partes sem atender ao todo, a insular órgãos sem conhecer-lhes a antecedência e o mister. Tivemos, por um momento, no direito, o que se deu nos primeiros tempos da morfologia animal: classificações, notações; não o verdadeiro conhecimento das formas como extrinsecações mais ou menos explicadas de fatos complexíssimos.

Os negócios jurídicos só podem ser unilaterais (isto e, pode não se dar neles a convergência das vontades de mais de uma parte) se intervém a lei, como expressão da política jurídica. Então, a outra figura é a sociedade.

No próprio testamento, há encontro com as correntes sociais, um como exercício de direito, ato de nascença univolitiva, mas quê se lança no ambiente geral, para fecundá-lo e *ser.* Não é contrato, no sentido do direito civil, como exageradamente pregou G. P. CHIRONI *(Dei Possesso per acquistari i frutti,* 81; II Testamento é contrato, *Filangieri,* 1884, 2651) ; mas é, científica e filosófica-mente, relação sócio-jurídica, e não as há sem dois pólos. Contrato, quisera ele, mas entre o testador e o instituído. É a velha preocupação, que ligava o subscritor ao portador do título, e o promitente ao promissário. É absurdo falar-se de acordo de vontade quando o testador já está morto ao aceitar o instituído a herança. Seria maior ou igual leviandade afirmar o contrato entre o promitente e o promissário, quando não

somente pode estar morto o “aceitante” (9 como ter a “aceitação” precedido à promessa.

O instituto da declaração unilateral de vontade não é peculiar ao direito civil e só se opera quando a sociedade tem de acautelar interesses de alguém, se *ainda* ou *já* não pode figurar, imediata e cientemente, em negócio bilateral. Assim na oferta de contrato, quer a pessoa indeterminada, quer determinada, por meio de cartas, anúncios, verbalmente, em pregões, ou em autômatos; na estipulação em favor de terceiro; nas promessas de recompensa; nos títulos ao portador. A explicação do fato só *deve* e somente *pode* ser entre pessoas, porque se passa no mundo social. A oferta é obrigativa e mantém-se vinculante do seu autor, ainda que Esse morra ou caia em incapacidade. Mas ~,liga-o a *quem?* A si mesmo, respondem uns. sem atenderem a que, assim, reduziriam o direito a caso de consciência, a simples fato interno. Ao *alter,* dizemos nós. É a lei que prescreve, no interesse social, essa vincularidade. Se o direito é mínimo ético, as raias do mínimo o que as fixa é a lei, o Estado, a sociedade, e no precisá-las há a política jurídica, que fecunda os atos e as omissões lícitos ou ilícitos para a criação de laços jurídicos, de *relações* .

O direito é composto de relações jurídicas. Perfeitamente; mas é preciso, escrevia R. SALEILIES *(De la Persortnalité juridique,* 515), que essas relações se estabeleçam entre realidades. j,Não o será, por acaso, o público?

É de crer que os unilateralistas reduzissem demasiadamente o direito à moral dogmática; em vez de adotarem critério analítico, que os pusesse à altura da ciência moderna, deixaram-se embriagar por misticismo do ato humano, de estranho moralismo. ARIOSrO cantava que a fé devera ser mantida, A voz do poeta era a da moral, não a do direito; porque via o ato como eficaz na consciência, em vez de considerá-lo obrigativo, menos pelo ser no íntimo do que pela necessidade de evitar nos outros os males da infirmeza, da volubilidade do querer.

A insuficiência de Sociologia nos pesquisadores que insistem no tema da unilateralidade reduzi-los à condição juridicamente medíocre do poeta do *Orlando furioso.* Viram e“ sentiram o fato; não o explicaram, nem procuraram conhecer a sua efetuação interna, o seu processo, a sua composição, as suas causas. Os esforços que envidaram, foram todos para o anatomizar frio, sem nenhum interesse pelo que poderíamos chamar, sem excesso, a fisiologia dos fatos jurídicos, o seu dinamismo.

O que é *unilateral,* na promessa de recompensa, é a fonte das obrigações, como é unilateral como fonte das obrigações o ato ilícito e o ato-fato ilícito. O contrato e o acerca do que supõem a bilateralidade. Há mais fontes unilaterais das obrigações do que fontes bilaterais. O fato *stricto sensu* licito ou ilícito, Esse, de modo nenhum alude a lado: não é unilateral, nem bilateral; é bilateral, não tem lados. Nem por isso deixa de irradiar deveres e direitos, obrigações e pretensões,

-ações e exceções.

3.ATENUÀÇÂO DA TEORIA UNILATERALISTICA. Variante da teoria anterior, dep-nos G. TARDE

(Les Trans formations du Droit, 120 s.), em livro cheio de notas apreciáveis e de pouquíssimo senso sociológico, bem que o autor, sociólogo, pouco conhecesse dos fatos jurídicos e muito se dedicasse, durante toda a sua carreira literária, a estudos de Sociologia. Reduzia tudo a unilateralismo. A verdade, diz ele, é que toda a obrigação , contratual ou não, emana, antes de tudo, de alta e profunda vontade unilateral, a do senhor, seja do senhor hereditário e semidivino, seja do senhor eleito e profano, que legifera como bem- lhe apraz.

Estaria aí a única origem das obrigações formadas sem contrato. Quanto às obrigações convencionais, derivam,

primeiro, dessa grande vontade unilateral, a que se chama autoridade pública, e depois da pequenina vontade unilateral de cada um dos contraentes que, à imagem dessa imposição, ou mandamento exterior e superior, conforme a latitude que ela lhe der *se comanda a si mesma,* ao mesmo tempo senhora e súdita, e *se impõe à obediência, à imposição de outrem.* Eis ai, conclui, toda a singularidade do contrato: é o *gOsto de se comandar,* nascido, por imitação, do hábito *de ser comandado.* Ele é, não só o *comando recíproco,* voluntàriamente sofrido, mas sim também conformidade com *vontade* exterior sofrida pela pessoa, involuntariamente .

A despeito dos dados de história e dos dados sociológicos, que semeia nas páginas, sente-se o vazio de todo o indeterminado emaranhado de sofismas. Sociólogo a quem esqueceu o que é a sociedade e pregou o mais irritante e falso dos individualismos: ~o individualismo que reduz a ser uno, à vontade individual, os atos de todos e de cada um, a própria sociedade e o homem-social! Levou à conseqüência : senhor e escravo, e nada mais; escravo, que se comanda a si mesmo, ~porque

tem o hábito de ser comandado!

Aqui, o que nos interessa é a obrigação originada de declaração unilateral de vontade. Como ele a explicou?

~Enclausurada na alma do declarante, como aprouve a H. SIEGEL? .~Perdida à caça de credor incerto, como para os contratualistas ortodoxos? j,Ou procedendo, cientificamente, à análise das relações?

Nada disso. A solução foi imprevista. O ato não vale nada. Quando emito um título ou prometo prêmio, eu me obrigo pelo hábito de ser obrigado pelo senhor, pelo governante! “La verité est que toute obligation, contractuelle ou non, découle, avant tout, d‟une haute et profonde volonté unilatérale, celle du Maitre, soit du Maitre héréditaire et demidivin, soit du Maitre élu et profane, que legifêre comme bon lui semble. C‟est lã l‟unique origine des obligations formées sans contract”. ~Seria suscetível de não se *contar* o ato humano individual? j, A lei significa algo sem a *espécie* a que se aplique, ou o ato ou fato que suscite a sua aplicação?

Escapou a G. TARDE o exame do fato jurídico em sua composição básica, em sua interioridade. Em vez de partir da noção de direito, que J. C. BLUNTSCHLI (Recht, Rechtsbegriff, *Deutsches Staatswôrterbuch,* VIII, 481) considerava, com acêrto, a questão fundamental de toda a ciência jurídica, pôs-se a reUnir observações fragmentárias, com que formou série de considerações de valor discutível, alheias ao problema da natureza e do- dinamismo das relações jurídicas . Viu, nos tempos primitivos, o contrato somente, diz ele, entre membros de uma família, da grei, ou da tribo; e tirou as conclusões de que laço de direito e laço de sangue são uma só e mesmíssima coisa, e de que à idéia de obrigação, voluntária ou não, se liga a de parentela, e, conseguintemente, o caráter de “intimidade misteriosa e profunda, indelével e inexplicável, inerente a essa” (!) : o individuo não procura raciocinar ou discutir seus direitos e seus deveres adquiridos ou inatos, como não cogita de saber porque foi engendrado. Sente-se que se navega em mar de suposições, em vez de se arrolarem fatos.

Ora, nada nos permitiria crer que o parentesco esteja, substancialmente, à base da formação dos fatos jurídicos, quaisquer que sejam, salvos aqueles em que o parentesco é a *rato essendi,* como alguns direitos e deveres de família. Dizer-se que a ligação parental e a jurídica constituem problemas fundamentais, diante dos quais os homens se inclinam e não pensam em escutar, coisa é que se entende; mas concluir dessa perplexidade humana, dEsse estado de alma individual, que o direito tira o seu ser do parentesco, e que a relação

jurídica renjonta à relação de família, é aventura que não se deve ter em conta de merecer análise.

"Pouco a pouco, quando os negócios de comércio com as tribos exteriores se multiplicam, faz-se sentir a necessidade de estender aos contratos com o estrangeiro o caráter obrigatório das convenções entaboladas entre parentes naturais ou adotivos". Assim explicou G. TARDE o direito exterior à tribo. Mas nb trecho, que transcrevemos, se encambulham verdade e erro: quando os negócios com o estrangeiro se assoberbaram e tiveram porte social considerável, veio a vincular autoridade das convenções exogêneas, mas isso não se deu porque se *fizesse sentir* a necessidade, e sim porque fora criado pelas forcas sociais. Nas primitivas convenções entre membros de uma gente, de uma grei *(clã),* ou de uma tribo, a obrigatoriedade *coexiste,* porém não *nasce,* nem *depende* da conexão parental, do sangue: deriva, diretamente, do fato mesmo da existência da gente, da grei, ou da tribo. Onde há sociedade, há direito. G. TARDE ignorava, é de crer, os grandes estudos e meditações dos sociólogos, com o fim de extremar a *horda* nos tempos iniciais da vida social; e não viu o vago e incerto de suas construções firmadas na pressuposição da existência da família no absoluto principio de formação do corpo social. Não lhe ocorreu o ensinamento de J. R. MUcK *(Horde und Familie, 37)*

"As primeiras associações locais e os primeiros parentescos humanos foram parentescos *de lugar".*

Faltou-lhe meditar no seguinte: toda a gente *(qens),* conhecida histôricamente ou por meio da Etnologia, é *organização;* nos rebanhos ou herdas puras, os individuos atentam contra a vida alheia, uns aos outros, sem nada que os coaja, e fora dele, *cada* indivíduo é inimigo direto dos demais; ao passo que na *gens* (yévoz), é proibido o assassínio dos membros da mesma gente, e a vida deles é *garantida,* exteriormente, por meio da lei costumeira da vingança de sangue (cf. A. ELEUTHEROPoULOS, *Soziologie,* 30 sj. Obrigação jurídica e parentesco pressupõem organização, e não há determinação essencial entre o laço de sangue e o meramente jurídico. Noção de família e noção de direito já existiam, porque a gens era organização: não mais simples coexistência espacial de indivíduos, e sim coexistência com determinada relação deles entre si.

Certamente, há *relação social* desde que se emite o título ao portador, ou que ele vai, sem emissão, à mão de outrem, ou que se publica a promessa de recompensa, mas antes de se ver relação jurídica se tem de ver e classificar o fato jurídico, que, Esse, é bilateral, ou unilateral,

conforme dissemos. A relação jurídica é efeito e, pois, *posterius,* com referência à fonte, ao fato jurídico.

O. TARDE só olhou a exterioridade do fato jurídico, e quis pesquisa ontológica. Daí os resultados a que chegou: laço de direito e de sangue seriam uma coisa só, e a relação jurídica entre não-parentes, extensão histórica; todas as obrigações, contratuais ou não, dimanariam, primeiro, de alta e profunda von-tade unilateral, a do senhor, hereditário e semidivino, ou eleito e profano. Influência de HERBERT SPENcER, que fêz do chefe a causa eficiente de qualquer organização. No *conceito,* como no *fato* da organização, não está implícita a necessidade do chefe. Um pode existir sem o outro. "Uma organização não assenta em ter chefe; toda convivência é organizada, desde que o livre alvedrio e a autonomia interna dos conviventes se subordina a certas condições e a certos limites" (A. ELEUTREROPOULOS, *Soziologie,* 28 e 31). Aí estão o *fato* e o *conceito* de organização. Sem isso, não se colhe a realidade social.

Tão apegado à explicação do fato de obrigação pelo mando do chefe estava o sociólogo francês, que tirou ao ato humano unilateral o caráter de fonte de obrigações: "L"idée de la volonté unilatérale n"est pas plus explicative, au fond, que la vieille notion du contract. Au moment oú l"on dit que ma propre volonté m"oblige, cette volonté n"est plus: elie m"est devenue étrangére; en sorte que c"est exactement comme si je recevais un ordre d"autrui. Recevoir du *pater fa-milias,* du consul, d"un ministre, d"un garde champêtre, un ordre qui me déplait, ôu recevoir de mon moi passé un ordre que ne me déplait moins, di est la différence en ce qui concerne non intérêt actueI?" (121). Visto está que o escritor, em vez de ver duas vontades, como os contratualistas, ou só a *do obrigado,* como II. SIEC,EL e RENÉ WORMS, se transviou por outros lugares e apagou a própria vontade unilateral do que se obriga, para considerar apenas, no nascedouro da obrigação, a vontade remota do senhor, hereditário ou semidivino, eleito ou profano. Mas, logo em continuação, corrigiu o seu próprio pensamento, e já equiparou o querer passado de quem se obriga a algo de intimamente atuante e forte, a alguma coisa de misteriosamente eficaz. A sua suposição da elisão da vontade de quem se obriga, por não poder ser fonte o que *não é mais,* encontra desmentido nos próprios sêres vivos: o animal pode surgir após a morte do gerador; aliás, muitos fatos só se produzem, não após, mas simultâneos com a desaparição de outros. Se o escritor francês conhecesse mais a fundo a técnica jurídica, não teria por morta a vontade do declarante: ela existiu, realmente, em estado de *ação;* agora, que caiu em inércia, não é menos vontade, tanto que se lhe sondam as direções e os vícios, na interpretação de seus termos e sentido e no aquilatar da sua livre e

pura expressão. A inércia, que se lhe atribui, é fora de dúvida; inerte, sê-lo-á a vontade, após a atuação, mas os efeitos persistem, e não há mais perfeita energia que a operada através de efeitos.

4. OUTRA ATITUDE. A promessa de recompensa, diz, por exemplo, CÂRL CROME *(Systern,* II, 757) ré ato unilateral, obrigatório por si mesmo (e sem a adjunção do aceite) : promessa pública que obriga o promitente. Em lugar da *aceitação* está a *publicidade da declaração* (que realmente se dirige ao público).

Além disso, tem a publicidade função mediadora:

levar a promessa ao maior número possível de pessoas. Não se trata de nenhuma oferta de contrato, de nenhuma proposta de contratar: a execução pelo terceiro (e a expressão não é feliz, porque o executor é *parte* do público) não constitui aceitação de contrato; tanto assim que o promitente é obrigado a pagar a recompensa a quem praticar ou produzir o que se indicou, ainda quando não o faça com o intuito de conquistar o prêmio ou as alvíssaras.

Já aí se nota que o pensamento foi de quem versou, detidamente, o direito, de quem teve de sistematizar e dê resolver problemas concretos.

Apenas lhe faltou chamar a atenção para o plano em que se teriam de travar as discussões: o dos *fatos juridicos.* Não se está, ainda, a discriminar efeitos; está-se a pesquisar para se saber se as fontes dos direitos e das dívidas são fatos *stricto sensu,* lícitos e ilícitos, atos-fatos, lícitos e ilícitos, atos *stricto sensu,* lícitos e ilícitos, e negócios jurídicos, bilaterais e unilaterais.

5. CoNclusõEs DO EXAME CRITICO. A ciência moderna não é mais, como a de ARIsTÓTELEs e a dos escolásticos, qualitativa e descritiva; mas quantitativa e causal. Não se limita à casuística e à descrição; não se satisfaz com o apontar e o descrever; indaga, mede, procura as causas, prediz. A solução uniteralística ao problema dos chamados atos unilaterais evidencia-se insuficiente: mostrou o fato, qualificou-o; desinteressou-se de lhe medir a intensidade e de proceder ao estudo causal dos fatos. O dinamismo dos fatos jurídicos não pode ser posto de lado em qualquer análise criteriosa, e o exame qualitativo e descritivo não basta às exigências do pensamento e da ciência moderna. Por outro turno, ressalta-lhe o vício de verbalismo, em vez de serena observação da natureza *in vivo.* Melhor fora miúdear o estudo do fenômeno da 2

unilateralidade do *negotium* do que, com o simples indicá-lo, pretender a derrocada dos princípios 2

fundamentais da ciência jurídica. Evitemos querer que o direito continue de ser como desgraçadamente 1

ficaram, durante séculos, alguns conhecimentos humanos pretensiosa nomenclatura, mais ou menos arbitrária, como até pouco eram e começaram de livrar-se algumas disciplinas, entre as quais as ciências morfológicas. Não basta saber-se que o ato de uma pessoa obriga, mas *como* a obriga; a forma não precisa apenas de um nome, o que resvalaria no mais estéril anatomismo, e sim de indagação por bem dizer dinâmica da plasticidade, dos caracteres morfológicos. No direito, como nas demais ciências, toda forma é resultante de movimento.

Finalmente:

a) Há, na classificação dos fatos jurídicos, quatro espécies: a) fatos jurídicos oriundos de fatos *stricto sensu (e. g.,* concepção, nascimento, loucura, surdo-mudez, adjunçao, mistura, confusão de bens, perecimento do objeto do direito, fato de que se origina responsabilidade por força maior ou caso fortuito) ; *b)* atos-fatos jurídicos *(e. g.,* tradição da posse, ocupação, mau uso da propriedade, tomada de posse com violação da posse de outrem) ; e) atos jurídicos *stricto sensu (e. g.,* constituição de domicílio, gestão de negócios sem mandato, perdão, quitação) ; *d)* negócios jurídicos.

b) Assim como ao ofendido pelo fato *stricto sensu* nasce direito à indenização, correspondente ao dever que a lei estabelece para quem ela reputa responsável, ou pelo ato-fato, ou pelo ato ilícito, ao promitente nasce o dever, e a quem se podia dirigir a promessa de recompensa, o direito, ligado à vinculação.

Durante a vincularidade e antes da determinação do *unus ex publico,* todos os que podem vir a ser Esse *unus publico* são titulares de direito. Não no são ainda de pretensão e de ação.

Aqui o ponto principal.

A promessa de recompensa vincula o promitente. O direito, a que a vinculação corresponde, nasce a quem pode vir a ser titular da pretensão ou da ação. A pretensão e a ação, essas, ou nascem logo, se preenchido o pressuposto para aquela, ou para aquela e essa, ou no momento em que tal ocorra.

A exposição que se vai seguir atende, sempre, a essas duas proposições. Se prometo viagem à Europa ao rapaz que tirar o primeiro lugar, vinculo-me e ficarei, mais tarde, obrigado, como se, de público, sabendo quem foi o melhor classificado,.prometido, me vinculei e me obriguei, simultaneamente .

CAPITULO II

ESPÉCIES DE PROMESSA DE RECOMPENSA

§ 3.616. Espécies e tipos

1.EsPÉcIEs PRINCIPAIS. Três são as espécies principais de promessa de recompensa. A classificação merece acolhida, porque a extraimos do próprio sistema legal. A utilidade dela patenteia-se, pois a cada tipo correspondem, np direito, regras jurídicas só a ele aplicáveis. Não se trata de distinção meramente formal, como talvez se suponha, ou exclusivamente dispositiva, ocasional, O critério deriva das situações dos recompensados. Embora não assente na análise das relações jurídicas acabadas, pressupõe *situação jurídica*

, relação jurídica inerente ao negócio. A recompensação pode ser: a) restrita a *um,* e um só ou muitos satisfazem o que se tem como elemento fáctico; *b)* dirigida a *mais de um,* ou *muitos,* e um só ou muitos pratiearam ou satisfazem o que se há de recompensaS,; e) endereçada a muitos, exigindo-se *escolha* dentre os recompensáveis.

A diferença formal existe, porquanto no primeiro caso se promete a um que pratique o ato, ou satisfaça o que se indicou; no segundo, a mais de um, divialvelmente, mas sem alteração da prestação, que será, eventualmente, múltipla; a um ou alguns dentre os que se habilitarem ou estiverem em determinadas circunstâncias. Essa diversidade de direção justificaria de si só o insulamento das espécies, mas seria critério um pouco destoante dos bons métodos. A análise deve olhar as relações, ainda quando não sejam jurídicas (perfeitas), mas apenas preformais ou possíveis.

§§ 3.616 E 3.617. ESPÉCIES DE PROMESSAS

Ora, entre os recompensáveis, na primeira espécie, existe situação de justaposição jurídica, e talvez melhor exprimíssemos com outras palavras: justaposição *no tempo.* Ainda que o promitente não declare que premiará, recompensará ou gratificará ao que primeiro satisfaça, a idéia de prioridade está implícita. Essa espécie de promessa apresenta caracteres inapagáveis: unicidade de beneficiário; determinação dele *no tempo;* em caso de impossibilidade de fixá-lo e preferi-lo cronológicamente, empregam-se os processos necessários da *divisão,* em se dando simultaneidade na satisfação e divisibilidade da recompensa; e processo do *sorteio,* se indivisível. Na segunda espécie, os executantes não estão justapostos *no tempo,* mas no *espaço;* ficam insulados entre si; não é força saber-se quem fêz primeiro, nem repartir-se a recompensa, nem recorrer-se ao azar para sortear quem a receba: à multiplicidade de executantes responde multiplicidade da mesma recompensa, porque a promessa criou apenas um tipo de prêmio a quem fizesse algo, com o permitirem os seus termos ou a sua índole tantas obrigações quantos forem os que satisfizerem a cláusula.

O promitente obrigou-se pelo declarado, e cumpri-lo-á, pois que o estipula a lei, que diz o que é *jurídico.*

Quem satisfaz o querer do promitente, é legitimado investido, talvez melhor nos expressássemos da pretensão a apresentar-se para haver a recompensa. Três, quatro, cinco, vinte recompensáveis, que sejam, todos se mantêm na mesma situação jurídica, independentes uns dos outros. A justaposição *no* espaço não lhes empresta nenhum laço, nenhuma coexistência jurídica, mas apenas física.

Muito diferente é o que se passa quanto à terceira classe. Há mais do que convizinhança ou do que concorrência, como se viu nos primeiros espécimes; mais do que justaposição *no tempo,* ou *no espaço;* há a *coexistência fisica* e a *jurídica* (espacial e temporal) e, mais ainda, o *concurso,* a luta, a interdependência, o aleatório da exclusão de todos em favor de um, dois, ou três, o emulativo da medição de esforços, de valôres, de méritos: a competência, em suma. Não se promete a *um* dos que compõem o *publico ,* nem a muitos do *público,* mas a um ou alguns dentre vários ou muitos do público, *mediante critério pessoal de determinação.*

2.DISCRIMINAÇÃO DAS TRÊS ESPÉCIES. Aqui, estão, discriminadas, as três espécies: (a)Promessa a quem fizer ou não fizer; e subentende-se:

“aquem fizer, ou não fizer, primeiro (Código Civil, art. 1.515) shouver simultaneidade, decidir-se-á de acordo com a divisibilidade, ou não,

da recompensa (divisão ou sorteio). Unidade de recompensa, unidade de beneficiário.

(b)Promessa múltipla aos que fizerem ou não fizerem. Subentende-se: a quantos fizerem ou não fizerem.

Cada um recebe o que lhe compete. Pluralidade de recompensa, pluralidade de beneficiários.

(c)Promessa a um ou alguns dentre os que se apresentarem. Subentende-se: ao que for vitorioso, graças a qualidade ou ato pessoal. Muitos pretendem, um ou alguns logram. Entre o público (todo) e o beneficiário (parte) há grau intermédio, que é o pretendente; dentre os pretendentes é que se exercita a seleção. Unidade de recompensa, pluralidade de satisfazedores. Unidade de beneficiário.

§ 3.617. Combinação de espécies

1. DADOS PARA AS COMBINAÇõES. As espécies não são inconciliáveis. Há possibilidade de combinarem-se, licitamente. Muitas vezes é útil ao promitente e favorável ao público ou aos interesses sociais. Assim, se alguém promete um milhão de cruzeiros a quem apresentar, na exposição de frutas, as duas *melhores* peras, a partir de tipo que o promitente exibe em fotografia colorida, e cinquenta mil cruzeiros a todos os que concorrerem, teremos promessa mista, em que a segunda e a terceira espécie se combinam. Se anunciamos dar prêmio ao mais perfeito trabalho do certame, preferido, em igualdade de pressupostos, o que se *apresentou primeiro,* e, se houver simultaneidade, o que for *sorteado,* lançamos ao público declaração unilateral de vontade em que se conciliam, em tipo novo, os princípios da terceira e da primeira espécie, isto é, do art. 1.516 e do art. 1.515 do Código Civil.

2. PLURALIDADE DE SATISFAZEDORES SEM PLURALIDADE DE RECOMPENSA. Pode ocorrer que a ação seja exercida por mais de um, inseparàvelmente, isto é. o resultado recompensável ser alcançado uma só vez (unidade de satisfação), e serem vários os cooperantes (pluralidade pessoal de satisfazedores).

Nem se há de assimilar a espécie à primeira das que analisamos, nem à segunda, nem à terceira; mas somente porque tal hipótese não constitui *espécie.* A situação não interessa substancial nem formalmente ao instituto da promessa de recompensa, em si. Realiza-

se apenas entre os satisfazedores, é subjetiva, e não objetiva. O

promitente não tem de pensar a quem deva dar; a recompensa cabe a todos, como co-credores, e não a cada um deles, de per si. O prêmio é comum; e a relação jurídica de comunhão opera entre os comuneiros; entre eles deve regular-se, persistir, cessar, transformar-se talvez. Seria, pois, anticientífico pôr-se entre as verdadeiras espécies de promessa de recompensa, essa, que o é apenas em aparência. Dedica-lhe o Código Civil alemão toda uma regra jurídica, a do § 660; nada Sobre ela se diz na lei civil brasileira. Se bem, se mal, diremos mais adiante.

CAPÍTULO III

VINCULAÇÃO PELA PROMESSA DE RECOMPENSA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

§ 3.618. Pressupostos gerais e especiais

1. ELABORAÇÃO DA REGRA JURÍDICA DO CóDigo Cívil ART. 1.512. Estatuia o Projeto primitivo, art. 1.633, de onde procede o art. 1.512 do Código Civil: “A promessa de uma recompensa, feita por meio de anúncios públicos, a quem executar um certo trabalho ou praticar um determinado ato, obriga o promitente”.

Era a reprodução indígena da norma alemã (Código Civil, § 657): “O que, por anúncio público, promete recompensa pela prática de uma ação, principalmente para a obtenção de um resultado, é obrigado a pagar a recompensa a quem exercitar o ato, ainda que não visasse a recompensa”. As diferenças existentes, desfazia-as o Projeto primitivo no artigo seguinte.

A Comissão revisora *(Trabalhos,* 1, 564 e 875) alterou a forma, sem tocar no sentido (art. 1.806): “A promessa de recompensa ou gratificação, feita por meio de anúncios públicos, a quem prestar certo serviço ou preencher certa condição, obriga o promitente”. Assim ficou o artigo, até que, no Senado, Rui BARROSA lhe desse a forma definitiva, com“ a rasoura do seu estilo *(Trabalhos da Comissão Especial do Senado,* 1, 481).

No direito anterior, não tínhamos tal artigo, bem que, fundado nas

Ordenações Filipinas, Livro III, Título 59,

§ 22, e no Código Comercial, arts. 735 e 737, CARLOS DE CARVALHO houvesse incluido na *Nova Consolidação das Leis Civis* regra jurídica parecida (art. 293, parágrafo único, letra *d)*.

Responsável ser alcançado uma só vez (unidade de satisfação), e serem vários os cooperantes (pluralidade pessoal de satisfazedores). Nem se há de assimilar a espécie à primeira das que analisa.. mos, nem à segunda, nem à terceira; mas somente porque tal hipótese não constitui *espécie.* A situação não interessa substancial nem formalmente ao instituto da promessa de recompensa, em si. Realiza-se apenas entre os satisfazedores, é subjetiva, e não objetiva. O promitente não tem de pensar a quem deva dar; a recompensa cabe a todos, como co-credores, e não a cada um deles, de per si. O prêmio é comum; e a relação jurídica de comunhão opera entre os comuneiros; entre eles deve regular-se, persistir, cessar, transformar-se talvez. Seria, pois, anticientífico pôr-se entre as verdadeiras espécies de promessa de recompensa, essa, que o é apenas em aparência. Dedica-lhe o Código Civil alemão toda uma regra jurídica, a do § 660; nada Sobre ela se diz na lei civil brasileira. Se bem, se mal, diremos mais adiante.

CAPITULO III

VINCULAÇÃO PELA PROMESSA DE RECOMPENSA

NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

§ 3.618. Pressupostos gerais e especiais

1. ELABORAÇÃO DA REGRA JURÍDICA DO Código CIvIL, ART. 1.512. Estatuia o Projeto primitivo, art. 1.633, de onde procede o art. 1.512 do Código Civil: “A promessa de uma recompensa, feita por meio de anúncios públicos, a quem executar um certo trabalho ou praticar um determinado ato, obriga o promitente”.

Era a reprodução indígena da norma alemã (Código Civil, § 657): “O

que, por anúncio público, promete recompensa pela prática de uma ação, principalmente para a obtenção de um resultado, é obrigado a pagar a recompensa a quem exercitar o ato, ainda que não visasse a recompensa". As diferenças existentes, desfazia-as o Projeto primitivo no artigo seguinte.

A Comissão revisora *(Trabalhos,* 1, 564 e 875) alterou a forma, sem tocar no sentido (art. 1.806) : "A promessa de recompensa ou gratificação, feita por meio de anúncios públicos, a quem prestar certo serviço ou preencher certa condição, obriga o promitente". Assim ficou o artigo, até que, no Senado. Ruí BARROSA lhe desse a forma definitiva, com‟ a rasoura do seu estilo *(Trabalhos da Comissão Especial do Senado,* 1, 481).

No direito anterior, não tínhamos tal artigo, bem que, fundado nas Ordenações Filipinas, Livro III, Título 59,

§ 22, e no Código Comercial, arts. 735 e 787, CARLOS DE CARVALHO houvesse incluido na *Nova Consolidação das Leis Civis* regra jurídica parecida (art. 298, parágrafo único, letra *d)*.

O art. 1.512 do Código Civil brasileiro não vem do art. 657 do Código Civil alemão, mas do § 581 do 1

Projeto alemão, em que Clóvís BEVILÁQUA se inspirou (Projeto primitivo, art. 1.638). a regra jurídica No *Esboço* de TEIXEIRA DE FREITAS há o art. 2.701, que dizia: "É *locatário de servicos públicos* quem industriais, puser a concurso trabalhos literários, artigos corpóreos, ou empresas de utilidade pública, ou prometendo prêmios em dinheiro ou outraS recompensas".

4. (1) A PUBLICIDADE. Sem o contrato com a ambiência jurídica, com o *alter,* não há ato jurídico de promessa de recompensa. Se bilateral, há de haver pessoa determinada com que se contacte e possa produzir o acordo, o negócio jurídico bilateral. Unilateral, é preciso que a declaração de vontade encontre espaço jurídico em que possam estar as pessoas a cujo conhecimento haja de chegar. Quando o ato volitivo entra, de cheid, no ambiente jurídico, há contacto perfeito, posto que, em certo sentido, o mais imperfeitamente protegida dos contactos. De um lado, a manifestação de vontade de A; do outro lado, x.

A imperfeição é tão somente jurídica: muitas vezes, porque não urgente, a perfeição é prescindível. O *votum,* a *políjoitatio,* nem sempre foram, em Roma, vinculativos. Ainda hoje, no comércio, muitos negócios se fazem, que não têm sanção de direito: assiste-lhes apenas

sanção moral, que é tanto mais forte quanto mais grave a importância da falta de sanção.

Aqui, temos de frisar que a pessoa pode ser determinada ou apenas determinável. Se determinada, ou há oferta <o que supõe que se cogite de acordo, de contrato), ou há promessa unilateral. Não é de pré-excluir-se a possibilidade da promessa de recompensa, da manifestação unilateral de vontade, a pessoa determinada como se se promete recompensar o ato de B, que salvou, ontem, no mar, a criança C.

Ó assunto que agora nos interessa é apenas o da promessa de recompensa feita de público e ao público.

A publicidade pode ser feita por diferentes modos, que se reduzem às quatro categorias de expressão vocabular:

a)O *escrito auténtico :* e. g., carta a determinada congregação, a grêmio científico, a assembléia, a visitantes de exposição.

b)A *declaração oral: e.* g., promessa feita em discurso, comício, proclamações, pelo rádio, pela televisão.

e)A *promessa tácita.*

d)A *promessa por meios mecânicos,* de que aqui damos exemplo: na porta de centro de diversões, há aviso

"Pretendemos abrir concurso de tiro ao alvo: o sócio que quiser concorrer para o prêmio, com a quantia de dois mil cruzeiros, mova o braço esquerdo do aparelho". Empuxado o ferro, bate a campainha e o porteiro tomará por escrito o nome ou o número do sócio.

Que a lei não formalidades, nem, sequer, impõe a forma escrita, tira-se dos seus dizeres e, se assim não ocorresse, inferir-se-ia da natureza do próprio instituto. Anúncios públicos, lê-se no Código Civil, art. 1.512.

A lei alemã também empregou as expressões "durch õffentliche Bekanntmachung" (literalmente: por anúncio público), e os comentadores não põem dúvida em que se trata de aviso escrito, oral (H.

DERNEURG, *Das Rúrgerliche Recht,* II, 2, 543), ou mecânico. O que se faz mister 4 a *missio,* como se dá com os titulos ao portador. Apenas, nesses, por definição, a *matéria,* a cártula, é necessária, e na promessa a escrita apenas funciona como um dos veículos da manifestação de

vontade.

Quanto à publicidade, podemos advertir que o adjetivo *público* não exige o conceito de *totalidade,* de *todo um pais,* de *toda uma cidade,* de *todo um bairro,* nem, sequer, *e. g., de todos os sócios de um clube.*

Os qualificativos alemão e português se equivalem. Evidencia-se da natureza do instituto a exigência de ser dirigida a vários, a pessoas indeterminadas, o que melhor diz do que "vários", e nA o à *totalidade.*

A sociedade (ou circulo social) protege os interesses dos seus membros, sem distinção e sem a absurda exigência de *unanimidade* ou da *maioria.* Não é menos ofensa social o prometer a grupo, e faltar, do que prometer à população inteira, e não cumprir. Se prometo recompensar à pessoa, em geral, que execute determinado ato, a sociedade acertadamente estatui que me obrigo, porque dentre Ales *algum* poderia executar e não receber, se a promessa de recompensa feita não fosse vinculativa. Não é diversa a situação do membro de sociedade desportiva, onde se tenha prometido prêmio ao melhor cavaleiro, ao mais audaz aviador, ao que mais alto suba, ou ao que, correndo, ou nadando, mais distante vá. Se alguém o faz melhor

„do que os outros o que se pede, tem jus à promessa. Se não fora vinculativa a promessa, feridos estariam os interesses de alguém, *dentre* alguns ou muitos. Esse alguém, Esse ser humano inserto na multidão, no grêmio, no grupo em concurso, desvestido por enquanto de individuação pela indeterminação, nada mais é, para a sociedade, que a parte de todo, *socius,* como elemento ou átomo social.

Assim, a promessa pode ser endereçada a qualquer grupo ou circulo determinado. O que não constitui declaração unilateral de vontade vinculativa, *Auslobung,* promessa de recompensa, só regida pelos arts.

1.512-1.517 do Código Civil, é o prometer remuneração ou gratificação ou prêmio pelo ato positivo ou negativo de pessoa individualmente determinada, ainda que se faça por meio de publicidade. O ato ou serviço que se quer deve ser de *um* ou de *alguns* entre dois ou mais, ou entre muitos. Podemos prometer, públicamente (e a promessa rege-se pelas regras jurídicas dos arts. 1512-1.517), prêmio, quantia, coisa, remuneração, inclusive simples classificação, ao campeão ou pessoa determinada que conseguir vitória decisiva entre os que vão exibir-se hoje, amanhã ou em determinado dia, em tal lugar, ou sem qualquer exibição de outrem.

O número mínimo para que a promessa seja *ao público* é O de *dois;* o

máximo, a *humanidade.* Exemplo: dou um milhão de cruzeiros a quem apresentar o melhor estudo sobre o descobrimento do Brasil. Se diminuímos cada vez mais o circulo, temos:

a quem, dentre os Brasileiros, apresente o melhor estudo sobre o fideicomisso; ao membro do Instituto dos Advogados, que defenda a tese mais profunda sobre a deserção processual; ao membro da Comissão de Justiça da Câmara dos Deputados que acreva o melhor parecer; ao jurista, dentre três, que escreva o melhor comentário da lei de inquilinato; ao partido de futebol que vença nas próximas justas.

As promessas podem ser feitas a um do público ou grupo, *ad incertam personam,* ou a muitas pessoas, contemporânea-mente, *ad incertas personas* (cf. C. VWANTE, *Trattato di Diritto commerciale,* IV, 27).

Ambas as espécies são válidas e eficazes, vinculam e obrigam.

Conforme antes dissemos, pode haver *publicidade* sem direção *ao público.* Sempre que se tem de fazer edital, por se não conhecer alguém, ou por se lhe ignorar o paradeiro, há publicidade, mas a notificação, a citação ou manifestação de vontade não se dirige ao público, e sim a pessoa determinada, cujas qualificações não se conhecem no todo, ou cujo domicílio se ignora.

5.(II) DESIGNAÇÃO DO NEGÓCIO OU DA AÇÃO QUE SE PRETENDE. A impossibilidade de determinar-se o objeto tornaria incompleta, inútil, a promessa. ~ preciso que se dê a alguém do público os *meios para se legitimar como executante.* Se prometo trezentos mil cruzeiros a quem faça livro de contos, fio me obrigo: a minha declaração unilateral de vontade está incompleta; a minha vontade não foi bem expressa; falta-lhe a determinação do que se quer. Subentende-se, talvez, que escolherei o *melhor,* ou designarei quem escolha; mas a ação do apresentante é nenhuma, se alego o incompleto do que publiquei. A falta é de *vinculatividade.*

O objeto pode ser de diferentíssima espécies; por exemplo: a) achar ou restituir coisas perdidas, furtadas, ou escondidas sem lembrança do local; b) descobrir o autor de determinado crime, ou de determinados crimes; c) mostrar o processo mais fácil de se conseguir determinado produto industrial; d) ensinar o meio de certa cura; e) realizar inventos ou grandes obras científicas, artísticas, comerciais ou industriais; f) prestar auxilio, ajuda ou concurso, para e bom êxito do certame a ou da exposição *b;* g) abster-se de algum ato, ou atos. O

restituir coisas perdidas constitui dever do inventor; mas nada impede que se prometa recompensa (GTORGTO GIORGI, *Teoria deila. Obbligazioni,* III, 269) nada mais é do que prefixar (ou aumentar) o prêmio, a que tem direito quem acha.

Não só ação ; também a omissão pode ser recompensada:

José promete quantia prefixada a sócio ou sócios de um grêmio, que faltarem à reunião do dia 2; sociedade ou liga contra o álcool ou o fumo promete prêmio ao pai de família que tenha o maior número de filhos abstêmios ou sem vicio do fume. A lei brasileira fala de "quem preencha certa condição , ou desempenhe certo serviço". Refere-se a alemi, ainda mais restrita, não ao adimplemento de "condição ", que bem pode ser positiva como

negativa, mas simplesmente à prática de ação *(§* 657). Mas a "ação" *(Handlung),* disseram os comentadores, compreende o fazer e o abster-se.

Alguns autores pretenderam exigir à promessa unilateral de recompensa o não ter em consideração as qualidades pessoais de quem realiza o ato ou serviço procurado. Feito o que se pediu, nenhum direito tem o promitente de se recusar ao cumprimento da promessa (C. VIVANTE, *Trattato di Diritto com~merciale,* IV, 24; M. 1. CARVALHO DE MENDONÇA, *A Vontade uni-. lateral,* 52). A advertência, Sobre escusada, não contém em si verdade verifícável. Escusada e ociosa, porque o cumprir a obrigação depende apenas da prática do ato, positivo ou negativo, que se quer recompensar. Inverificável, como observação , porque o fato recompensável pode ser *qualidade* pessoal, como se dá nos *concursos de beleza,* nos *torneios de inteligência,* nas *com petições de ordem moral.* Se se limita o número de pessoas a que se dirige a promessa, o que é permitido, necessariamente se cria critério de apreciação, que pode ser *moral* e aplicado pelo promitente (art.

1.516, *§* 2.0). Outra, portanto, seria a fórmula:

a promessa não é feita com outras exigências que as expressas na declaração, ou as inerentes ao negócio jurídico, ao ato ou às pessoas a quem se dirigem as palavras.

As *invitationes ad offerendum,* essas, de regra, fio Viflculam e convites a oferecer são as ofertas cuja realização supde escolha recíproca da pessoa (TH. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code Civil,* VII, 28). Essas, nem são promessas de recompensa vinculativas, nem têm

vinculatividade, ainda quando receptas. Exemplo: as ofertas e pedidos de empregos. Cármen anuncia querer empregada, môça, branca, de bons costumes, paga tantos cruzeiros, e deseja-a para oito meses de estada na cidade. Apresenta-se uma, ou se apresentam muitas, com as exigências fácticas adequadas. A anunciante n~o está obrigada a ficar com qualquer delas. Há, em tais anúncios públicos, pressuposição de agradar, condição implícita puramente potestativa. As promessas de recompensa têm por motivo do adimplemento ato, ou fato, que pode ser pessoal, e até ser apreciado pelo próprio promitente dentre muitos, mas não se lhe há de apor, nem poderá existir, implícita, condição puramente potestativa. Esse fato não concerne apenas a promessas públicas de remuneração ou prêmiOs mas a todas as obrigações em geral. O que se nos impõe é caracterizasse o instituto Código Civil, art. 115, 2~a parte, *in fine.*

Outros requisitos se exigem à promessa, que, essenciais, não no são somente dela, mas de todas as atos jurídicos e mais adiante deles trataremos.

a) O negócio jurídico da promessa de recompensa tem desatisfazer as exigências do art. 82 do Código Civil: ser capaz o promitente, ser lícito o objeto e ter-se atendido, quanto à forma, o que a lei exige, ou ter-se evitado o que ela proibe.

Se dois ou mais são os promitentes, não pode um deles alegar a incapacidade do outro, ou de outro ou de outros, em proveito próprio, salvo se indivisível o objeto do direito ou da obrigação comum (Código Civil, art. 83).

A representação é conforme os princípios gerais relativos à matéria (Código Civil, art. 84).

b) Há nulidade da promessa de recompensa: a) se feita por pessoa absolutamente incapaz (Código Civil, art.

145, 1)

b) se ilícito ou impossível o seu objeto (art. 145, II) ; e) se não revestir a forma exigida por lei (art. 145, III) ; *d)* se preteri de alguma solenidade que a lei tenha por essencial à validade (art. 145, IV); <1) se a lei taxativamente a considera nula ou lhe nega qualquer efeito (art. 145, V).

Incide o art. 146 do Código Civil; bem assim, o art. 146, parágrafo

único.

c) ~ anulável a promessa de recompensa: a) se relativamente incapaz o promitente (Código Civil, art. 147, 1); lO se houve vício de erro, dolo, coação, simulação ou fraude contra credores (art. 147, II).

Os arts. 149-151 são invocáveis.

§ 3.619. Pressuposto da publicidade

1.PRECEDENTES LEGISLATIVOS. A publicidade é essencial à promessa ao público. Di-lo hoje o Código Civil, art. 1.512, ao falar de "anúncios públicos". Aliás, é o que se lê no *§* 657 do Código Civil alemão. Mas a caracterização não apareceu no momento em que fêz o Código Civil. Antes, e reiteradamente, vemo-la noutras regras legais ou de projetos, bem como, por vezes, na doutrina (Cp. E. WINDSCHEID, *Lehrbuch,* II, □

9 a ed., 257 s.).

No Preussisches Alígemeines Landrecht, *§* 988, no Código Civil da Saxônia, § 771, no Projeto prussiano, *§§*

679 e 687, no Projeto da Héssia (art. 198), no Projeto bávaro, art. 753, no Projeto de Dresda, art. 681, há sempre a consideração de tão essencial elemento. Nos *Motive* do primeiro projeto do Código Civil mais expressa e intencionalmente se diz: "Como exigência conceptual da promessa de recompensa apresenta o Projeto, de acordo com a teoria, a praxe e a legislação, a publicidade da promessa. Sem publicidade não há promessa de recompensa" *(Motive,* II, 519). Entenda-se: não há promessa de recompensa, feita ao público.

2.PRECISÕES. Afirmou A. ELS¶rER (Die Lehre von der Auslobung nach gemeinem Recht und 8GB., *Archiv fiir RIUgerliches Recht,* 18, 135) que a publicidade a direção ao público não é inerente à *Áuslobung,* o que lhe criticou EDUARD VIERECK *(Die Auslobung,* 8).

Trata-se de recíproca incompreensão: não há dúvida que a *Ãuslobung* promessa de recompensa a que se refere o Livro III, Título VI, capitulo II, do Código Civil brasileiro 4 sempre ao público. Isso não quer dizer que não existam promessas de alguém a pessoa determinada. Então, somente em casos especialissimos a espécie poderia escapar à locação

de serviços, ao contrato de obra, à doação, ou à aposta. Não se pode, a *priori,* negar que existam promessas unilaterais, inclusive de recompensa, sem serem feitas ao público.

O promitente pede escolher dentre as formas de publicidade. Não pode prescindir dela. Seria outro negócio jurídico, e não promessa unilateral de recompensa. Assim, o que é preciso é fixar-se o que se entende por publicidade, e nesse sentido já dissemos o que era mister. A publicidade é-lhe necessária; mas a simples publicidade não torna *unilateral* a promessa de recompensa que não é *ao público.*

Assim: a) As promessas unilaterais de recompensa são feitas *ao público;* dai a necessariedade do pressuposto da publicidade. Sem isso, não se chega ao público. *b)* As "promessas" de recompensa podem ser bilaterais; e então escapam aos arts. 1.512-1.517 do Código Civil, e) A publicidade pode ser a respeito de promessas de recompensa que não são ao público. Não há, aí, o pressuposto necessário da publicidade. Se surge, é por outra razão *(e. g.*, não se sabe para onde se endereçar a promessa).

(Pusemos entre aspas a expressão *promessas,* porque, se a "promessa" é feita para que haja, ou não, aceitação, não é de promessa que se trata, e sim de *oferta.)*

8. ELEMENTOS CIRCUNSTANCIAIS. Sempre que se nos apresente qualquer caso de publicidade, devemos atender às circunstâncias e aos costumes locais (G. PLANCK, *Riirgerliches Gesetzbuch,* II, 408).

Para dizer mais exata e mais cientificamente do que O. PLANCK: tem-se de atender às relações que compõem a espécie. Quem faz a mesma promessa, separadamente, a mais de uma pessoa, ainda que a faça à cidade inteira, não lança promessa de recompensa. Assim, prometendo a Antônio estátua de Goethe, se me apresentar a poesia mais perfeita e mais bem elaborada que a *Alma em flor* de Alberto de Oliveira, ou mais interessante história que o Conto *alexandrino* de Machado de Mais, e as mesmas promessas faço a José, a Pedro e a Paulo, sem que *exista* laço de chamada de todos para o certame (Código Civil, art. 1.516) e sem que, na chamada, haja alusão à promessa feita aos outros, obrigo-me, não há dúvida, perante Antônio, José, Pedro e Paulo, porém não pela promessa pública de recompensa, e sim por muitas promessas individuais a cada um deles. Não seriam os arts. 1.512-1.517 que regeriam a espécie, mas *o* art. 1.080 e outros do Código Civil.

Outra circunstância que tem grande valor é a do *lugar* em que se promete. Mas seria erro dizer-se que a promessa feita par professor, durante a aula, não obrigue, ou que não obrigue a que se faça no interior de sociedade privada (sem razão, WILRELM BECKER, *Pie Auslobung nach dem SOB.,* 24). Com razão, a respeito de estudantes de alguma Faculdade, ou Universidade, ou curso, EDUaD VifiRECE *(Pie Ãuslobung nach de», BOI., 9).*

Não há dúvida que quase sempre a declaração de promessa, feita em sessão de pequena sociedade, só entre dois membros,liga o declarante diretamente ao outro membro, mas isso só se dá se não há momento de pura relação com a vontade social. que permita ao *unua* ex publico executar o que se pedia. Justamente como nos casos ordinários. A Esse propósito parecem-nos perigosas as considerações muito lacônicas e simplistas de G. PLÂNCX *(Rúrgerifrhes* Gesetzbuch, II, 408) e P. OERTMANN *(Das Rechts der Schuldverhtiltflisse,* nota 1 ao § 657), atenuadas por EDUARD VIERECIC *(Die Ausiobung nach riem BGB., 9),* que atendia à importância numérica dos sócios e às circunstâncias. De certo, é atendível a circunstância do número, somente como circunstância, que há de ser apreciada em conjunto com as outras. Nas sociedades comerciais em nome coletivo seria difícil salvo, se, realmente, muito grande fosse o número dos sócios a possibilidade de promessa de recompensa entre os membros; porém não é impossível ao juiz apreciar a espécie. Desde que cessa a determinação individual das pessoas, a que se dirige a proclamação (B. MArrHIASS, *Lehrbuch des RIUgeriichen Rechis,* 1, 668), há publicidade para composição da figura jurídica do art. 1.512. A própria indeterminação do número ou indivíduo (que a ambas se refere B. MATTI-IIASS), não deve ser o único critério: é apenas *circunstância,* como as outras, e assim tem de ser examinada. Em certos casos, pode haver promessa de recompensa e ser conhecido o número *total* e, por exemplo, por *lista indicativa,* individualmente determinadas as pessoas a que se dirigiu; *e.* g., aos jogadores de futebol do mês de dezembro ou de domingo próximo.

Deixar-se ao *costume focal* a distinção entre publicidade e não publicidade, e Esse foi o procedimento de O.

PLANa, é referir-se a uma das circunstâncias e não a todas, sem se decidir e sem nada se adiantar para a efetiva resolução do problema. O costume, que é uma das faces do fato social, não é o único conteúdo das relações sociais que podem interessar ao direito, nem ao método indutivo, científico, de revelação da regra jurídica. Em todo o caso, se comparamos o critério de G. PLANa com o de R. VON JEERINO e o de K.

TZSCRIRNER o primeiro adstrito a indeterminada pessoa como sinal de publicidade, e o segundo à distinção entre *persona incerta* e *persona ignota,* correspondentes a pessoa objetiva e subjetivamente indeterminada não podemos negar ao comentador do Código Civil alemão certa vantagem Sobre os anteriores juristas: abriu fresta para a Sociologia, e - posto que parcial e incompleto o seu ponto de mira é aceitável, contanto que se lhe juntem os demais elementos. O método científico não pode trabalhar sem a totalidade das relações sociais, porque há regras jurídicas cujo conteúdo é ora econômico, ora moral, ora político, e assim por diante.

Desde que o promitente entrou em direta confabulação com as pessoas que deviam concorrer, não houve promessa unilateral de recompensa, segundo o Código Civil, ad. 1.512. Aí se exige o *anúncio,* e sem ele não há a publicidade, de que se trata. Se estão sentadas no Instituto dos Advogados quatro pessoas, e promete B

coleção de livros, a quem, na próxima sessão, trouxer longo parecer Sobre a questão a, e limita às quatro pessoas a promessa, certo é que não houve a figura jurídica do art. 1.512: houve ou a figura do art. 1.516 ou oferta de contrato a mais de uma pessoa. Ainda que B dissesse a um só, para que avisasse aos outros membros, haveria a promessa ao público, posto que limitada pela qualidade de sócios do Instituto. A diferença torna-se sensível na verificação da necessidade, que há no caso de oferta, da *recepção* da promessa por todos, e da desnecessidade dela, no segundo caso. E não nos deve esquecer essoutro elemento de distinção, mais complexo, posto que útil.

Mas ainda assim se teria de adotar critério *seletivo* para se *conferir* o prêmio. Apresentados dez ou quatro pareceres, ~ como se poderia proceder à *escolha?*

Para mais de perto apurarmos a impossibilidade de critérios absolutos, basta pensarmos na inserção de cláusulas que *excluam* todas as pessoas que não se achem em determinado lugar, ou que não tivessem *ouvido* a promessa. t espécie singularissima, que não torna sujeita a recepção individual a promessa de recompensa.

Dá-se apenas a exigência de *audibilidade* do concorrente, como a cláusula de aluguer ao vendedor da casa não torna locação o contrato de compra-e-venda do prédio. Adiante, mais de espaço, trataremos da questão, que ali nos é sugerida pela elaboração da regra legal. No Projeto primitivo, ad. 1.634, dizia-se: “Quem quer que execute o ato ou o trabalho, de acordo com os anúncios, pode exigir a recompensa prometida, ainda que o não tenha realizado em vista da oferta,salvo se

o promitente houver, expressamente, exigido um ato ou trabalho adrede realizado, após a sua solicitação e por causa dela". A Comissão excluiu tal parte.

Promessas de recompensa são ao público, quando se endereçarem aos estudantes de física dos ginásios, ou aos de determinado liceu, a todos os freqúentadores de uma aula, aos habitantes de um Estado-membro, Município, Território, cidade, vila, povoação ou lugarejo, ou aos assinantes de um jornal. Há limitação, determinação, porém nenhuma individualização das pessoas. Quanto ao argumento dos que reputam porção individualmente limitada de pessoas a que constitui uma sociedade *(e. g.,* o Instituto), não nos parece de boa têmpera; posto que grande parte dos escritores o aceite conforme já mostramos. Basta pensar-se em que se torna preciso a publicação em jornais para alcançar grande parte dos membros, *e. g.,* os sócios de uma Federação marítima, da Sociedade Nacional de Agricultura. Se adotássemos critérios absolutos, mataríamos parte do instituto, e não poderíamos justificar a arbitrariedade da interpretação. Se há pessoas a quem pode aproveitar e *talvez* não estejam presentes, ~como deixar-se de proteger o interesse delas, se o art. 1.512

estatui: "Aquele que, por anúncios públicos, se comprometer a recompensar, ou gratificar, a quem preencha certa condição, ou desempenhe certo serviço, contrai obrigação de fazer o prometido", e o art. 1.513 sugere que o executado pode exigir a recompensa estipulada, "ainda que não pelo interesse da promessa"?

Ponto há digno de meditação: a incerteza de quem, dentre alguns, *vai* executar, ou já executou, uma vez que não estejam eles *individualmente* mencionados. No caso, que há pouco figuramos, dos quatro membros do Instituto, só deixa de ser promessa ao público o ato do declarante, porque os quatro são individualmente conhecidos e não pode haver, entre eles, a figura da promessa ao público, bem que haja, talvez, a do *concurso.* Cumpre, pois, atender-se à individuação e ao modo de se redigir. A declaração "prometo um milhão de cruzeiros àquele membro da Academia Nacional de Medicina, dos quatro mais moços, que escrever a melhor tese Sobre vírus filtrável" é promessa de recompensa. Mas a outra "prometo um milhão de cruzeiros àquele dos quatro membros A, 8, C, D que escrever a melhor tese, não é promessa ao público, mas é *concurso.*

São pontos sutis, de pouca importância na prática., porque se dá, a cada momento, a aplicação de regras jurídicas por analogia. Mas em certas circunstâncias é preciso analisar-se, cuidadosamente, a espécie, para que se saiba até onde se diferencia da oferta de contrato, ou da

declaração unilateral de vontade não feita ao público.

Pouco importa, *a priori,* que o círculo seja *limitado* ou *mio.* Assim, se do texto da promessa de recompensa não se pode saber se se dirige aos membros de uma sociedade, ou aos habitantes de uma cidade, ou de um pais, ou, em geral, a todos os homens, isso não deturpa o instituto, e a discussão Sobre a área de abrangência não interessa à qualidade ou à natureza do negócio jurídico.

Quanto à promessa a membros e a terceiros não participantes da sociedade, ainda que por intermédio dela, não há dúvida (CARL KIRCHNER, *Pie Áuslobung nach dera BGR.,* 60) é vinculante segundo o art. 1.512.

Dá-se, sem dificuldades, a sub-sumpção na referida regra jurídica.

Deixa-se de ter por promessa ao público se a indeterminadas pessoas se promete algo como contraprestação, pois então seria direto o vinculo e necessária a aceitação sem *uniu ex publico. Á fortiori,* se a pessoa determinada (cf. KARL SCRLEIcHn, *Die Lehre von der Áuslobung,* 20).

§ 3.620. Forma da promessa de recompensa

1.ESCRITURA E ORALIDADE; MECANICIDADE. Muitas vezes é escrita, outras, oral, a forma da promessa, porém, como noutro lugar dissemos, pode prescindir de uma ou de outra maneira de expressão. É

a publicidade sem forma, a que se refere WILHELM BECRER *(Pie Auslobung,* 23 s.).

Os aparelhos mecânicos ou reproduzem voz, ou gestos, ou dão sinais que equivalham a escrita, ou sejam escrita. De qualquer modo, o aparelho automático ou outra espécie é veículo para a transmissão da manifestação de vontade.

Sempre que há chegada a *duas pessoas* ou *mais,* há publicidade, salvo se se não coaduna com a natureza da promessa tio estreita esfera de expansão.

1

§ 3.620. FORMA DA PROMESSA DE RECOMPENSA

A lei não escolheu entre as formas de publicidade. Mas pode dar-se

que somente uma deva ser empregada. É

o caso do legado ou disposição testamentária para recompensa, que terá de ser cumprida. A publicação faz-se, de ordinário, em editais. Mesmo aí pode bastar o anúncio.

j,Pode haver legado para promessa de recompensa? A afirmativa impôe-se. Estabelece o art. 1.667 do Código Civil:

"É nula a disposição: II. Que se refira a pessoa incerta cuja identidade se não possa averiguar. III. Que favoreça a pessoa incerta, cometendo a determinação de sua identidade a terceiro Desde que haja *critério para a escolha,* a disposição de vontade não é atingida pela regra jurídica do art.

1.667, III, do Código Civil.

Se foi dado o critério e não foi dito quem escolheria, ou se foi dito quem escolheria sem se predeterminar o critério de escolha, é nula a disposição.

2.PROBLEMA DA SOLENIDADE. Diante de tais frases não teríamos dúvida em crer que a lei veda aquelas disposições que aludimos; mas o art. 1.668 adverte: "Valerá, porém, a dia-posição: 1. Em favor de pessoa incerta que deva ser determinada por terceiro, dentre duas ou mais pessoas mencionadas pelo testador, ou pertencentes a uma família, ou a um corpo coletivo, ou a um estabelecimento por ele designado. II. Em remuneração de serviços prestados ao testador, por ocasião de moléstia de que faleceu, ainda que fique a arbítrio do herdeiro, ou de outrem, determinar o valor do legado".

Ambos os incisos nos interessam: o primeiro, porque permite a indeterminação do beneficiário, o que abre passagem à promessa unilateral de recompensa; o segundo, porque nos revela que, no testamento e para ato anterior à abertura dele, pode ser feita a promessa; e, salvo em certos pormenores, se rege pelo estatuido no Código Civil a respeito da promessa de recompensa.

Demais, ainda há o art. 1.669, que estatui: "A disposição geral em favor dos pobres, dos estabelecimentos particulares de caridade, ou dos de assistência pública, entender-se-á relativa aos pobres do lugar do domicilio do testador ao tempo de sua morte, ou dos estabelecimentos ai sitos, salvo se manifestamente constar que tinha em mente beneficiar os de outra localidade".

Se o testador pode deixar *em geral,* com maioria de razão para *um* ou

dois ou *três ,* dentre muitos, desde que determináveis, segundo o processo que indicar.

CARL KIRCHNER *(fie Auslobung nach dem RUA.,* 56) falou de oportunidade de conhecimento por parte de porção individualmente não limitada de pessoas (individuell nicht abg.egrenzte Mehrheit von Personen), o que diz pouco, ou não diz nada. É obscuro e inoperante; enubla, não dá critério, que se possa seguir. Aliás, aconteceu isso a todos os que quiseram, escolàsticamente, precisar o significado da indeterminação e nele fundar o conceito de publicidade necessária ao negócio jurídico unilateral.

A possibilidade de receptividade por parte do círculo a que se dirige a promessa de recompensa é elemento do pressuposto da publicidade. Publica-se para que se conheça, sem se poder apurar se todos ou muitos conheceram, ou se alguém conheceu. O que importa é que se pudesse ter conhecido.

3.FORMA E EXIGÊNCIAS DE INSTRUMENTO PÚBLICO. A promessa de bem imóvel, ou de outro bem, para cuja transmissão da propriedade, seja necessária a instrumentação pública, não fica adstrita a exigência legal de forma. A promessa de recompensa não contém *acordo de transmissão* ou *acordo eU* constituição.

Gera, apenas, *obrigação.* Tudo se passa como se no contrato de compra-e-venda, ou noutro negócio jurídico cuja eficácia seja obrigação de dar, o contraente deixasse de cumprir o que prometeu, não tendo havido o acordo de transmissão ou de constituição. Sem se exigir, porém, a forma.

§ 3.621. Possibilidade de recepção e publicidade bastante

1.RECEPTIBILIDADE “A PRIORI!”. O número de pessoas que tenham *ouvido* ou *visto* a promessa de recompensa não importa. Ainda que uma só pessoa ou nenhuma tenha tido conhecimento dela, desde que se produziu o fato da publicação, houve a promessa unilateral de recompensa. Se a casa comercial A inseriu nos jornais duas linhas de anúncio que ninguém leu e na qual prometia duzentos mil cruzeiros a quem achasse a carteira perdida no dia anterior, deve cumprir o prometido. Quem achou o objeto de que se tratava, “ainda que não pelo interesse da promessa” (art. 1.518), pode exigir a recompensa estipulada, isto é, deve-se-lhe o prêmio do anúncio, *posto que não tenha lido.* Na publicidade, o que se exige é o *meio hábil,* idôneo, de

divulgação, a *possibilidade,* e não a *efetividade* da comunicação ao público. É insustentável a opinião de JULIUS FísdilER *(fie Auslobung nach dem BGR.,* 26), que pretendia dependesse de número de pessoasa publicidade. Naturalmente, a promessa é *dirigida* aos interessados, mas não se lhe exige a recepção (B.

MATTHIASS, *Lehrbuch,* 1, 664; F. HELLMANN, *Kritische Vierteljahresschrift,* 41, 242 s.). Daí. se tira que a promessa pode ter sido percebida: a) por todos os *possíveis* concorrentes; b) pela maioria deles, isto é, a maior parte das pessoas em situações (subjetivas ou objetivas) para concorrer; c) pela minoria, ou, até, pequeníssimo número; d) por nenhuma das pessoas habilitadas à prática do ato, positivo ou negativo, ou à execução do serviço.

2.RECEPTIBILIDADE PELO "ALTER". .,- O fato de não ter sido *lido,* ou *ouvido,* o anúncio não altera a publicidade, desde que houve o anúncio. Por outros meios pode vir a saber o interessado e comparecer para cobrar a recompensa estipulada.

O conceito de publicidade deixou a fase empírica É efitrou noutra, de inteira análise das relações. O Código Criminal brasileiro de 1880, nos arts. 279 e 280, considerava crimes polidais: 1.0) a ofensa evidente da moral pública em papéis impressos, litografados ou gravados, ou em estampas ou pinturas, que se distribuíssem por mais de quinze pessoas, e bem assim a respeito das que estivessem expostas publicamente à venda; 2.~) a prática de qualquer ação que na opinião pública fosse considerada por evidentemente ofensiva à moral e aos bons costumes desde que fosse em lugar público. A exigência do elemento numérico era apenas para a forma gráfica, ou de pintura, ou de estamparia, quando houvesse *distribuição;* de modo que concernia à maneira de publicar, e não à publicação em si. Ainda assim, era desnecessária a fixação do número mínimo, e evidentemente arbitrária. „.Por que havia de ser ofensa à moral pública a distribuição a quinze, e não a quatorze ou doze ou seis pessoas? No Código Penal de 1890, art. 282, já aquela exigência desapareceu:

"Ofender os bons costumes com exibições impudicas, atos ou gestos obscenos, atentatórios do pudor, praticados em lugar público ou freqUentado pelo público, e que, sem ofensa à honestidade individual da pessoa, ultrajam e escandalizam a sociedade: Pena de prisão celular de um a seis meses No vigente Código Penal, art. 288, diz-se *crime de ultraje público ao pudor* praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público. No art. 284, o fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição, ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa, ou

qualquer objeto obsceno. No parágrafo único, 1, explicita-se que incorre na mesma pena quem vende, distribui ou expõe à venda, ou ao público, qualquer dos objetos referidos. No parágrafo único, II e XLI, que incorre na mesma pena quem realiza em lugar público ou acessível ao público representação teatral, ou exibição cinematográfica de caráter obsceno, ou qualquer outro espetáculo que tenha o mesmo caráter, ou quem realiza em lugar público ou acessível ao público, ou pelo rádio, audição ou recitação de caráter obsceno. A televisão está compreendida no cinema e, pois que há voz, no rádio.

Basta, para o conceito de lugar público, a *possibilidade* (Cf. J. v. OLSHAU5EN, K *ommentar zum Strafgesetzbuch, 6.*~ ed., 410). Não há encarecer-se o valor da substituição que se fêz desde 1890: em vez do vago conceito de publicidade <subjetiva)~ o de lugar público, que é dado objetivo fâcilmente verificável . E

lugar público não é o que pertence ao público, mas o que pode ser visto pelo público, ou, quanto à palavra, de onde possa outrem ouvir.

Não é preciso, tão-pouco, que a promessa tenha realmente alcançado aqueles a que foi dirigida (WILHELM

BECRER, *fie Âuslobung naeh dem ROR.,* 25). Pode ser prometido prêmio ao vencedor da primeira batalha, ou a quem tome a primeira bandeira, e sair a promessa em pequeno jornal de aldeia distante, ou a muitos dias de viagem do lugar em que se guerreia. É possível prometer-se recompensa a dois aviadores cujos aeroplanos, no momento da declaração, já partiram. Em qualquer dEsses casos não deixa de ser vinculativa a promessa de recompensa.

§ 3.622. Promessa pessoal e promessa tácita ou real

1. CONCEITOS. A publicação pode ser tácita ou real (ALBERT LICHTENSTEIN, *Die Auslobung,* 17; ROBERT VON MÁnt, *Die Auslobung,* 17; duvidoso, EDUARD VIERECK, *fie Auslobung,* 14) - Nos costumes do interior do Brasil, há exemplo assaz expressivo, que é também o citado nos liúros alemães e encontradiço nas festas populares: o *pau-de-sebo.* Nas festas dos primeiros ~dias de maio, *Maibaum,* dá-se, ou, melhor, pertence o prêmio a quem conseguir tirá-lo: é a promessa real de recompensa *(Realauslobung).*

Em vernáculo, chama-se a tal celebração *festa da maia,* porém não lhe damos a mesma cronologia para os folguedos, que a acompanham, e os paus-de-sebo fazem-se em quaisquer festas populares do interior do Brasil, como simples números de chiste e de zombaria em que os

concorrentes se esforçam por atingir (não raro em vão), a ponta do mastro, onde se acha o queijo, a nota de papel moeda, o relógio, ou outra recompensa. Parece que, na Alemanha, para tornar escorregadio o pau, se lhe esfrega sabão (ALBERT

LICHTENSTEIN, *fie Áuslobung,* 17)..

No Brasil, além dêstes paus untados de sebo, de que lhes vem o nome, há outros brincos de seleção, alguns denunciadores do *„medievalismo transplantado,* de que saiu a aristocracia rural do pais.

2.DIFERENÇAS ENTRE A PROMESSA PESSOAL E A PROMESSA

REAL. A diferença entre a *promessa por palavras* e a *promessa real* não é sem interesse jurídico e pode vir a constituir ponto essencial de questões difíceis. Para lhe sentirmos o valor prático, basta que examinemos três ou quatro casos do brinquedo do pau-de-sebo: a) o promitente arma o pau-de-sebo, e põe, no tope, o.

objeto que há de ser o prêmio, porém cá fora assegura ser diverso, o que lhe aumenta a concorrênCia e anima os menos afoitos; *b)* o promitente, em vez do relógio ou do queijo, põe algo que o imite, posto que sem valor; o) o promitente diz serem dois os prêmios, *e.* g., um queijo e cem mil cruzeiros, porém lá somente está o queijo; *d)* o pau aparece armado, pela manhã, e vê-se, na ponta, o objete que será o prêmio. No primeiro caso, há duas promessas, uma *real* e outra *verbal,* e cabe ao juiz, apreciando as circunstâncias, dizer se a segunda (verbal) foi feita em termos de ser crido o promitente, isto é. se houve *séria* promessa. FRITz SCHILLER

(Rechtsverhtiltnisse des Automaten, 80) aconselharia inquirir-se da intenção do instituidor do prêmio. Outro caminho mostra-nos a ciência:

têm de ser examinadas, objetivamente, as relações. O promitente, sem o querer, pode, em tais circunstâncias, ter afirmado ser de ou.ro o relógio, e não será possível eximi-lo da responsabilidade. No segundo caso, o promitente nada afirmou: nada há que o obrigue a mais do que lá está, o engano objetivo é conseqUência do processo escolhido, a promessa real, salvo se as circunstâncias evidenciarem intuito de lesar, como se exageradamente dificultou a subida e, para incentivo, escolheu objeto (simulado) de altíssimo preço. No terceiro caso, não há espécie nova, mas figura semelhante à do primeiro, e a análise das relações é que pode dizer-nos se o promitente deve ou não responder pelos cem mil cruzeiros que lá não estavam e foram, verbalmente, prometidos. Cumpre, ainda, advertir-se em que as promessas verbais são suscetíveis de verificação da seriedade e a tendência do julgador deve ser para as reputar sérias. Raramente as promessas escritas podem ser tidas por simples gracejos. No quarto caso, não aparece o

promitente; mas seria erro tê-lo por *inexistente* e conceituar-se a promessa como *real* e *sem sujeito:* para se verificar a existência dele, basta imaginar-se qualquer acontecimento que exija indagação, ainda que sem culpa extranegocial, ou qualquer ato de apropriação por parte dos concorrentes, sem que precedesse o esforço bem sucedido; *e.* g., se sobe e balança o mastro, para que caia o objeto. A existência do sujeito, que prometeu, é atestada pela possibilidade de intervir, não como qualquer pessoa do público, que entenda fiscalizar, porém como promitente.

Caso especialissimo de promessa de recompensa é a *Mulobung* negativa, que é meio promessa e meio aposta, e quase nunca apresenta caracteres de seriedade que a tornem vinculativa. Exemplo: o anúncio na porta de casa comercial, "cem mil cruzeiros a quem tiver mercadorias de melhor qualidade". Porém nem todas as apostas são proibidas e, conseqUentemente, nem todas as promessas negativas de recompensa ficam fora do mundo jurídico. Mais ainda: nem todas as apostas são brinquedos. Por isso mesmo nem todas as promessas negativas (e recompensa são inacionáveis. Todavia, o número que pode escapar a sanções do Código Civil é tão pequeno que não merece trato especial. A promessa negativa pode ser negócio juridico válido, porque muita vez nada mais é do que a forma negativa de promessa positiva de recompensa: o promitente diz que a ação é impossível, e proclama "se é possível, que se leve à execução do ato" <FRANz HOFMANN, *fie E"ntstehungsgriinde der Obligatio,* 84). A diferença tem sugerido verdadeira presunção de seriedade para as promessas positivas e de não seriedade para as negativas: presunção *juris tantum* não *de inre* (RoBERT VON

MAYR, *fie Auslobung,* 29). No Código Civil alemão, § 657, refletiu-se a tendência (cf. *Motive,* XI, 520; P.

OERTMANN, *Das Reeht der Schuldverhrfltnisse,* 885 s.; STOBBELEHMANN, *Handbuch des deutschen Privatrechts,* III, 8.~ ed., 178). ~Não será de importância prática tal critério? j,Ganha o juiz em procurar, antes do exame direto, a posição mais ou menos artificial, que lhe dá a *praesumptio iuris?*

Temos de afastar que haja presunção *de iure* ou que haja presunção *iuris tantum.* O que há é apenas presunção *farei.* As circunstâncias podem fazer séria a promessa de recompensa de que falamos acima, no tocante ao anúncio na porta da casa comercial.

Nenhum outro recurso existe que o de se analisarem as relações e de se eliminarem todos os casos, que a prática ofereça, de apostas sem

ação, que são quase todas. Ora, eliminadas essas, que são a maioria digamos mesmo, a quase totalidade das promessas negativas que nos restaria do critério senão a presunção da seriedade? Nenhum valor teria tal critério, por(11W a presunção de seriedade não protege somente as promessas de recompensa, e sim a todos os atos jurídicos.

Talvez melhor critério porém não o melhor fosse o da utilidade. Promessa útil, promessa válida. Aliás, não é de mister que seja patrimonial o interesse (FRANZ HOFMANN, *fie Entstí‟hungsgriinde dúr Ohliqation.*

41) o que é preciso é que sirva a algum fim normal e admissível. No Código Civil alemão não se distinguiu quanto às promessas sérias e as não sérias, ruas os tribunais não poderiam conservar-se na mesma postura de indiferença (II. DERNBURG, *Pandekten,* fl, 7~a ed., 22;. *Sgstein,* 8a ed., 554).

O art. 75 do Código Civil brasileiro é explícito: “A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura”.

Conforme dissemos, o critério da utilidade é bom, melhor do que o da reparação, segundo a positividade ou negatividade das promessas; porém não o melhor. O único processo científico é a direta e rigorosa análise das relações sociais, que darão o conteúdo dos fatos jurídicos, e neles estão os princípios que os devem reger.

Conteúdo econômico, moral, estético, ou outro

pouco importa; o que nos interessa é a relevância da relação, e a regra, induzida dos fatos, que devemos aplicar a tais casos examinados.

Em princípio, o melhor é dizer-se, com a simplicidade, com que o disse K. CoSACK: a ação, que deve ser recompensada, pode ser de diferentes espécies; somente se excluem da obrigatoriedade as ações *impossiveis* e *pro7bidas* (KONRAD CoSÃÇK, *Lehrbuch das deutschen biirqerliehen Reehts,* ~, 6.~ ed., 625). Ora, quanto ao objeto, é assaz compreensiva, posto que aparentemente demasiada no restringir, tal frase do tratadista alemão.

§ 3.623. Promessas em aparelhos ou máquinas automáticas

1.PROMESSAS AO PÚBLICO E AUTOMÁTICOS. A espécie dos aparelhos é perfeitamente explicável.

Ninguém ignora que o autômato *conclui* o contrato conforme a máquina que o constitui, mas também ele se rege pelo direito concernente ao contrato que conclui (FRITz GUNTHER, *fas Automatenrecht,* 19). O

instrumento pode unilateralmente *prometer* a recompensa e então o direito que há de reger o negócio jurídico é o dos arts. 1.512-1.517 do Código Civil (ALBERT WITTHAUER, *Auslobung und Welte,* 6; cf. ALBERT

LICHTENSTEIN, *Die Auslobung,* 17; ROBERT VON MAYR, *fie Auslobung,* 17).

Demos alguns exemplos. Uma sociedade que tem por fim o aperfeiçoamentô dos atiradores põe no pátio de tiro um boneco que segura a espingarda ou a pistola: se o alvo for atingido pelas suas balas, o autômato, mecânicamente, deixará cair, pela bôca, a recompensa. Aí estão: a promessa e o adimplemento da prestação prometida. Imaginemos outro boneco,

que segura uma fruta ou objeto de ouro, a alguns metros de distância do solo: para a alcançar é preciso o salto.

A única advertência que poderia caber seria de serem tácitas tais promessas e os dois casos (promessa por aparelho e promessa tácita) deveriam constituir um só. Não nos parece decisivo o argumento: no movimento do autômato (por exemplo, se o braço desce e sobe) há algo de expressivo, que não deixa de poder compreender-se na promessa tâcita de recompensa, porém possui elemento novo que justifica a separação, desde que não se dê às distinções rigoroso valor dogmático.

2.PROMESSAS DE RECOMPENSA EM APARELHOS AUTOMATO. A distinção mais importante é a que naturalmente ocorre ao jurista e ao público que observam os fatos da vida: *~~promessa de recompensa por autômato ,* ou simples *jogo?* No conceito de jogo está implícito o azar. Na promessa de recompensa, o de galardão, o de prêmio, o de aplauso, que implica e supõe mérito. ainda que se trate de caridade, a colaboração em certo sentido do premiado. Nisso é que assenta a diferença.

Dois exemplos dirão melhor. Nos aparelhos de medição de força em que, atingido o ponto Z de impulso, cai o premio. a máquina é instrumento de promessa de recompensa, e não o jogo propriamente

dito.

Nos que dependem do cálculo de probabilidades tirar o número 100 da urna, mover a alavanca e parar no ponto Z a bola a figura jurídica é a do jogo.

A *probabilidade* decide das figuras jurídicas, promessa de recompensa ou jogo. Ao jogo de puro azar repugna a promessa de recompensa; mas àqueles em que entra a habilidade é permitido o prêmio do Código Civil, art. 1.512. Por isso, rege-se pelas regras jurídicas relativas à promessa de recompensa o prêmio, que algum clube institua ao maior enxadrista, ou ao campeão de futebol em 1968.

§ 3.624. Nulidades e anulabilidades das promessas de recompensa

1.NULIDADES. O art. 145 do Código Civil e, pois, o conjunto de regras jurídicas que o completam aplicam-se à promessa de recompensa, como ato jurídico, que é. Portanto, é nula: 1.Quando feita por *pessoa absolutamente incapaz* (Código Civil, art. 5.0)~ A lei enumera os absolutamente incapazes de exercer, por si, os atos da vida civil. Quando praticados por eles. são nulos, o que não se confunde, na terminologia, com os atos inexistentes propriamente ditos. O ausente não está incluído, porque ou a) a promessa é *oral* e está presente o indivíduo, ou a sua identificação, falando de longe, é difícil, ou *b)* é *escrita* e, se fosse julgada nula a promessa, teria o promitente de indenizar, na concorrência da promessa, as despesas que se fizeram, ou e) é *real,* e então seria ato jurídico perfeitamente válido.

Ainda que declarado *ausente,* pode o *unus ex publico* estar vivo e, aparecendo, cobrar o prêmio, que se lhe deve.

II.Quando *ilícito* ou *impossível* o *objeto.* De todos os conteúdos das relações jurídicas um dos mais importantes é o moral, de modo que a muitos, especialmente a GEoIIG JELLINEK, pareceu acertado conceituar o direito como “mínimo ético”. O objeto imoral vicia o ato: o direito provê à adaptação do homem à vida social, e contradiria a si mesmo se admitisse atos que perturbassem a outro processo social de adaptação. O objeto impossível revela a nenhuma seriedade. Então cumpre atender-se ao requisito de possibilidade, que é assaz valioso e capital nas promessas ao público, porém tão valioso e capital como em todos os demais atos jurídicos.

II.Quando não revestir a *forma estabelecida na lei.* Pode ser que o direito escrito exija a certas promessas a forma especial. Depende de

regra legal.

IV.Quando for preterida alguma *solenidade que a lei considere essencial à sua validade.*

V.Quando a lei, taxativamente, o declara *nulo,* ou lhe *nega efeito.* Pode ser que a lei proiba, mas, uma vez praticado, admita a validade do ato.

2. FALTA DE SERIEDADE. Tratemos dos casos da seriedade das promessas. Não podem ser vinculativas as que tenham por fito fins condenáveis ou essencialmente frívolos (OTTO KARLOWA, *fas Rcehtsgeschàf te und seine Wirkunçy,* 277). Por exemplo: dois milhões a quem escrever o mais tremendo artigo contra o Governo; um piano a quem atravessar a Avenida Rio Branco a cantar canções imorais ou ofensivas. Mas a questão logo se torna grave e cheia de incertezas quando se trata de pormenores destinados à satisfação de fantasias e caprichos individuais. OTTO KARLOWA *(Das Rechtsgeschdft und geme Wirkung,* 277) pô-las no mesmo plano que as outras. CARL CROME *(fie partiarischen Rechtsgeschíif te,* 524) não vacilou em negar, *in limine,* a seriedade das promessas de recompensa de prestações inteiramente sem interesse ou pueris.

Não podemos tratar muito à rama de tais questões; é mister descer ao pormenor. Convém advertir e a advertência de certo nos servirá como ponto de referência na crítica de vários critérios relativos à vincularidade das promessas em que, na dúvida, deve ser considerada por vinculativa a promessa. Não precisava postulá-lo o Código Civil brasileiro. Era regra fàcilmente induzida dos fatos, que dispensaria a consagração que lhe deu o § 145 do Código Civil alemão, aplicável A promessa de recompensa. Aliás, como ato jurídico, a promessa ao público se subordina ao que em geral se refere aos atos jurídicos, relativamente à capacidade (de direito ou de fato), representação, forma e interpretação da declaração de vontade (V.

HASENÓHRL, *Das ôsterreichische Obligationenrecht.* II, 10 s.).

8.RELATIVAMENTE INCAPAZES. j, Podem menores, relativamente incapazes, prometer?

Sim, com a assistência dos representantes legais, porém dentro da quantia de que, por lei, podem dispor. A questão reclama a aplicação dos princípios relativos aos pais, tutores e curadores.

4.CAPACIDADE E VALIDADE. O promitente deve ter a capacidade de se obrigar, bem como, em particular, a de assumir a obrigação que se expressa na recompensa. Assim, o toxicômano, o pródigo e o silvícola podem, às vezes, prometer, e pelo prometido obrigar-se, mas nem sempre assim acontecerá. Casos há em que a capacidade parcial deles se patenteia, porém nem se lhes há de conceder qualquer espécie de promessa, nem qualquer recompensa se lhe deve admitir como conteúdo da obrigação. O louco e o surdo-mudo, que não possa exprimir a sua vontade, estão, por princípio, proibidos de prometer, porque o estão de obrigar-se: são absolutamente incapazes. Por igual está inibido de prometer o menor de dezesseis anos, cuja incapacidade também é absoluta. A ausência é, aí, impossibilidade de fato. Mas já ferimos Esse ponto.

As dificuldades, se as há, surgem nos casos de capacidade parcial ou de falta de poder de dispor: menor de vinte e um anos e maior de dezesseis; os pródigos; e os silvícolas (Código Civil, art. 6.0).

As mulheres casadas não são incapazes. Em alguns pontos, não têm poder de dispor, nem de obrigar-se. Os problemas, que surgem, são semelhantes aos que se referem a relativamente incapazes.

A propósito dos pródigos, há o problema de se saber se havia gratuidade, ou se não havia gratuidade, na promessa de recompensa. Se precisava de assistência do curador no que se refere à recompensa prometida, claro que não podia prometer.

Existem, além das incapacidades, as *vedações* e *limitações de dispor,* como se dá com o marido quanto aos imóveis. Teremos de examinar Esses pontos; mas, por agora, tiremos por miúdo o que se refere ao menor de vinte e um anos e maior de dezesseis, não suplementado. Antes de tudo, força é lembrar-nos a regra jurídica do Código Civil, art. 156, isto é,o menor, entre dezesseis e vinte e um anos, não pode, para se eximir a obrigação, invocar a sua idade, se dolosamente a ocultou, inquerido pela outra parte, ou se, no ato de se obrigar, espontaneamente se declarou maior. Ç~ o princípio da *nialitia supplet aetatem* e só n"a última parte tem fácil aplicação às promessas. Se o menor anuncia Miguel, residente na rua X, maior (ou qualquer outra designação equivalente, porque maior, no artigo citado, é sinônimo de capaz pela idade), dará mil cruzeiros a quem achar relógio perdido em tal lugar justo é que se obrigue. Não foi inquerido pela outra pessoa, que estaria incerta, mas espontâneamente se declarou capaz, se se fêz crer pessoa idônea a estipular e se obrigar.

Iludiu; a sua situação não difere muito da em que se acharia o menor

que cometesse o ato ilícito: numa espécie, responde pela promessa, pois que a fêz, e nela mentiu; na outra, equipara-se ao maior quanto à obrigação resultante do delito ou quase delito, em que for culpado, porque assim regrou a lei.

Assim, ficou elucidada a última parte do art. 156. A primeira é mais obscura. Trata-se da ocultação dolosa, quando inquerido o menor pela outra "parte". "Inquerido" e "outra parte" à primeira vista se nos afiguram expressões e idéias imperceptíveis no trato das declarações unilaterais de vontade; todavia, a análise de alguns casos muito nos clareia o assunto. Nem sempre o promitente faz a publicação por si; às vezes intervém terceiro, sociedade desportiva, jornal, corpora cão , ou instituto de caridade, que se encarrega de lançar a promessa da pessoa, que é, nos nossos exemplos, o menor. Desde já afastemos a idéia de contrato a favor de terceiro, pois que ela o não é. A sociedade, a corporação, o grêmio de diversões e jogos não é figurante em contrato a favor do público. O que em verdade se dá é que a associação, o grêmio, o simples ajuntamento (se imaginamos a hipótese de não ter personalidade jurídica) atua pelo promitente, se faz a declaração por ele, ou anuncia em seu próprio nome, embora se refira ao fornecedor do objeto da recompensa, se apenas serve de intermediário, em virtude de prévia situação criada por seus fins econômicos, morais, literários ou desportivos, permanentes ou acidentais. Ora, essa sociedade, Esse jornal, por seus diretores, ou empregados, pode *inquerir* o menor e Esse dizer-se capaz pela idade. Mentiu. Pelos interesses do público, velou a instituição de beneficência, de caridade, ou de religião, em circunstâncias, que lhe conferiram, no máximo, a figura jurídica do *iicgotiorum gestor;* e pelos interesses públicos, vela o Estado, com o estabelecer a vincularidade da promessa., ainda feita por menor, se ocultou a incapacidade, a despeito da pergunta que se lhe fêz. Talvez, se atendemos a que a inquirição apenas tinha por fito a concretização da culpa do menor no iludir, seja possível prescindir-se da noção de *negotiorum gestio,* a fim de não nos empregarmos em pesquisas doutrinarias, e considerar-se a sociedade ou empresa intermediária como instrumento da efetuação do ato ilícito. Assim aceito critério objetivo z.- afastam-se as dificuldades teóricas do incidente.

5. RATIFICAÇÃO . A obrigação do menor de vinte e um anos e maior de dezesseis não é nula, mas simplesmente a *nulável.* Suscetível, pois, de se ratificar. Essa ratificação é escusada, se cumprida em parte, pelo devedor, a obrigação, ciente do vício que inquinava o negócio jurídico. Assim, se a pessoa atinge a maioridade e paga a recompensa, mesmo em parte, por mínima que seja, *ratifica* e pode ratificar

qualquer outra promessa que em estado de incapacidade tenha feito, se expressamente o declara (Código Civil, arts.

147, 1, 150 e 149). Nos casos em que fora válido prometer, com a simples autorização do representante, a ratificação é possível antes da capacidade, desde que o pai, mãe, ou tutor, intervenha. Sempre que o menor possa dispor de um bem, ser-lhe-á permitido prometê-lo em recompensa de serviço, que se lhe preste, ou de entrega de coisa sua, furtada ou perdida, que lhe seja restituída ou de cujo paradeiro se lhe dê notícia.

Cumpre, portanto, após a análise, generalizar: a capacidade parcial aprecia-se no objeto ou dinheiro, que se promete, e não na coisa ou fato a que se reporta, ou em que consiste o ato ou informação a que se refere à recompensa. O pai que dá dinheiro aos filhos para que se vistam, alimentem, ou apenas ge forneçam de pequenos objetos necessários, como de ordinário *dispor:* no entregar a quantia, no avisar a outrem que lhe preste, já está, de modo geral, o assentimento do pai, ou da mãe, titular do pátrio poder. O estudante pode prometer nos limites das partes disponíveis da sua mesada.

6.MULHER CASADA E PODER DE DISPOR. A mulher casada foi dita incapaz pelo Código Civil, como se fosse possível, hoje, criar-se-lhe incapacidade. Elevou-se uma série de proibições à categoria jurídica de incapacidade. A mulher não pode, sem consentimento do marido, contrair obrigações, que importem, atual ou futuramente, alheação dos bens do casal. O homem casado também sofre limitações ao *poder de dispor*.

Nem ela é incapaz, nem ele.

Tira-se daí que pode obrigar-se na força daquilo de que pode dispor, sem assentimento do marido, e dos bens particulares, que não sejam dotais, ainda que se trate de imóveis. Quanto aos bens comuns, o Código Civil, ad. 242, 1, diz que a mulher não pode, sem autorização do marido, praticar os atos, que Esse „não poderia, sem o seu consentimento, isto é, os de que tratou o

art. 235, dentre cujas regras jurídicas se lê: fazer doação, não sendo remunerativa ou de pequeno valor, com os bens ou rendimentos comuns (art. 235, IV). A situação não fica equiparada. em absoluto; porque o marido pode dispor dos móveis, em princípio, e a mulher, não: a promessa de recompensa, para que pudesse ser feita pela mulher, com bens móveis e dinheiros comuns, mister fora que se

assimilasse àqueles casos referidos no Tomo VIII, § 855, 4: esmolas, conforme os seus teres e hábitos; presentes ou mimos, conforme sua fortuna.

Ora, o marido que perdeu documento, ou papel, de sua responsabilidade, ou pelo qual se tenha obrigado como depositário, mandatário, ou o que quer que for, pode prometer em público vinte mil cruzeiros, trinta mil cruzeiros, ou mais, *em jóias determinadas,* a quem o encontre e entregue. Não se trata de doação, mas de remuneração por meio de promessa, talvez, se a procura exige esforços, locação de serviços com *álea,* o que ainda teremos ensejo de examinar. *g~* válida a promessa ao público? A afirmativa impõe-se. Se das jóias podia dispor.

A mulher, que se sentiu lesada, pois que, *ex hypothesi,* é comuneira, pode atacar e arguir de nula ou ineficaz a obrigação; mas, para isso, terá de provar alguma das circunstâncias que imprimem invalidade ou ineficácia aos atos jurídicos em geral, ou mostrar que se trata de doação imódica, em que o elemento de remuneração é nenhum, ou insignificante, para o fim exclusivo de iludir a lei. A vitória pode ser difícil: primeiro, porque se lhe há de presumir a ciência, e, pois, a permissão; segundo, porque raro se pode avaliar, precisamente, essa remuneração e Esse serviço. Não é . A espécie, que compusemos. é de promessa *de bens,* e *de dinheiro.*

Dinheiro não é corpo certo, que tenha de ser visivelmente comum. Se o marido os tem seus, nenhuma dúvida há; se só os tem comuns, prometeu e tem de cumprir, pois que a lei lhe não proibiu obrigar-se. O único caminho que se oferece à mulher é o de provar a pura liberalidade da promessa. Depara-se-nos aí uma porção de questões de fato, que o juiz prudentemente há de examinar, sem perder de vista o poder marital, o caráter revogável das promessas de recompensa sem prazo (o que daria à mulher o *protesto,* com a mesma publicidade) e o prazo nas promessas irrevogáveis, o que constitui possibilidade de oposição pública, por parte da mulher, que se teme de ofensa aos seus direitos e aos bens comuns.

Cumpre ainda advertir-se que a promessa em dinheiro nunca é inválida, porque com ela não se viola nenhuma proibição legal. O que se proibe é o adimplemento com os bens comuns. e ainda que o promitente tenha entregue a terceiro (jornal, sociedade caritativa, por exemplo) a quantia, ou móvel, para que ele, em seu nome, faça a promessa, ou se ele mesmo a faz, com a declaração do depósito ou entrega, pode o consorte obstar à execução: o intermediário não adquiriu para o *futuro* interessado a propriedade, não só porque não se

lhe deu caráter de representante, como porque a tradição, com a conseqüência de transmissão do domínio, importaria doação, e não *promessa,* relação de direito das coisas que se criara ao beneficiado, e não relação de direito das obrigações. Mais ainda: não seria promessa de recompensa, e sim locação de serviços prévia-mente paga.

A mulher não pode alienar os bens comuns. Doar, só se lhe permite, em sendo de pequeno valor (presentes, mimos), ou remuneratôriamente , dentro da sua aptidão digamos assim para administração própria, ou de sua missão econômica doméstica. Não há dúvida quanto à validade da promessa de recompensa a quem forneça objeto, de que em casa se precisa, ou descubra o roubo de jóia. Pense-se na costureira, que deseja aumentar a freguesia, e promete percentagem ou quantia certa a quem a auxiliar. Outrossim, na mulher, que, após reivindicar os bens comuns móveis ou imóveis doados ou transferidos pelo marido à concubina, os promete a instituto de beneficência:

ou na que promete dinheiro ou móveis comuns, ou do marido, ou particulares seus, móveis ou imóveis, se ausente e declarado interdito aquele, ou em lugar remoto, ou não sabido, ou preso por mais de dois anos.

A mulher pode prometer qualquer móvel, que tenha, livre da administração do marido; e pode pedir-lhe assentimento, para prometer imóveis, e recorrer ao juiz, se aquele lho nega. Os contratos verbais de serviços de criados ou de famulato ficam, de ordinário, a cargo de mulher, como parte jurídica da sua função de economia doméstica. Cabe-lhe, pois, não só a faculdade de tomar criados por ofertas de contrato, como de unilateralmente prometer recompensa, por exemplo, aos que, em dias de festa, ou acidentes, ou quaisquer outros, lhe prestem ajuda no domicílio.

A autorização do marido pode ser geral ou especial, deve constar de instrumento público ou particular previamente autenticado (Código Civil, art. 243). Todavia: considera-se sempre autorizada a mulher que ocupa cargo público, ou, por mais de seis meses, se entrega a profissão exercida fora do lar conjugal (Código Civil, art. 243, parágrafo único). Se o marido assina a promessa, ou se o executante prova que dela teve ciência e não se opôs, válida é, ainda que se trate de bem móvel comum e não seja remuneratória, nem módica. Certo, o Código Civil, art. 243, exige o instrumento público ou particular autenticado, mas entende-se inaplicável aos negócios de caráter velado, sem a publicidade, que *d* promessa tem, e quiçá a urgência.

Situações que quase se apuram em questões de fato deparam-se-nos na *prodigalidade.* A interdição do pródigo priva-o de alienar. A sua incapacidade não o põe na situação de inábil, em absoluto, de influir „na ordem jurídica: a ele não só se há de reconhecer o poder de despender o quanto que lhe fixe o juiz, ou lhe forneça o curador para tal fim, como o de providenciar com urgência, na simples administração de seus bens, *e. g.,* prometer cem mil cruzeiros a quem lhe encontre o touro tresmalhado de sua fazenda, ou o informe da morada de~ ladrão de objetos agrícolas. Esses cem mil cruzeiros ele os tem para prover a despesa de "mera administração", como diz a lei, e não se empregam noutra coisa, se foram mencionados em promessas de recompensa como as acima referidas.

§ 3.625. Capacidade do legitimado à recompensa

1. PRELIMINARES. Também se exige a capacidade do executante. Capacidade, aliás, relativa a ato resultante. E aqui cumpre que se distinga:

(a)Aquisição da pretensão pelo *unus ez publico ,* sem nenhuma obrigação por parte dele e sem ato de disposição, *e. g.,* descoberta de objeto (ato-fato jurídico).

(b) Ato de aquisição da pretensão pelo *unus ex publico.* que importe obrigação, por parte dele, ou disposição patrimonial.

2. INCAPAZES E AQUISIÇÃO. O louco que informa ao promitente o esconderijo de gatuno, de assassino, de fugitivo, *tem pretensão à recompensa;* porque não se lhe exigiu *ato jurídico ;* o pressuposto fora simples ato material, o ato *de informar.* Ele adquire o direito e a pretensão, porque a lei o estatuiu, *ainda mesmo que a sua intenção não fosse a de merecer* a *recompensa,* o prêmio. A incapacidade é, mesmo se absoluta, concernente ao *exercício,* e não à *aquisição legal de direito.* O que ele não pode é *ir cobrar,* eficazmente, *ao promitente;* irá, por ele, o curador. A cobrança não constituiria em mora ao que prometeu: se Esse pagasse, e o louco pusesse fora o que recebeu, continuaria obrigado. Não pagou bem. O mesmo raciocínio far-se-á em relação ao menor de dezesseis anos e ao surdo-mudo. Ambos podem adquirir o direito e a pretensão, por força da lei, com o simples ato-fato de execução, às vezes com o simples fato *stricto sensu;* porém não podem exercê-lo.

Não se dá o mesmo quanto aos atos mencionados na segunda espécie: pressupõe-se *ato jurídico* do executante, a fim de lhe nascer a pretensão à recompensa. Se o executante não o podia fazer, por incapacidade absoluta, nulo foi o ato, e não poderia nascer, de ato nulo, pretensão. Se o interessado é relativamente incapaz, derivam as conseqUências legais: anulabilidade, ratificabilidade. Se o promitente paga e depois se decide pela anulação do ato-pressuposto, não pode reaver o que, pela promessa, pagou ao incapaz, se não prova que reverteu em proveito dele a importância paga (Código Civil, art. 157). A regra é comum à incapacidade relativa e à absoluta. Mas, se o incapaz era menor entre dezesseis e vinte e um anos, e, no momento de receber, se disse maior, após ser inquerido pelo promitente. ou se espontâneamente se

declarou maior (cf. Código Civil, ml. 155), não pode invocar a sua idade.

Se o executante é homem casado, ou mulher casada, que não poderia, legalmente, praticar o ato, e Esse for anulado, fica obrigado pela importância da vantagem, que do ato nulo haja advindo a ele, ao consorte ou ao casal, e quando o cônjuge responsável não tiver bens particulares, que bastem, o dano ao promitente, que pagou de boa fé, se compõe pelos te‟~ comuns, na razão do proveito que adveio ao casar (arg. ao Código Civil, art. 255 e parágrafo único).

A validade da promessa, quando o executante é louco, constitui argumento contra os que vêem na promessa de recompensa, na *Auslobung,* a relação direta entre o promitente e o executante, a *vinculação.*

§ 3.626. Licitude do ato, positivo ou negativo, que se quer recompensar 1.EXIGÊNCIAS DE SERIEDADE E LICITUDE. Deve não ser proíbida nem contra os bons costumes (diz-se) a ação ou declaração que se quer recompensar, bem como determinada e sériamente querida.

Trata-se, corro bem advertiu CARL CROME (Ststuin, II, 758, texto e nota 12; cf. ROBERT VON MAYR, *fie Auslobnng,* 74; PAUL BRUMMOND, *Die Auslobung,* 31) de assunto que deve ser julgado segundo critério objetivo. A seriedade do negócio é questão de fato. Para alguns, todas as vagas recomendações e reclamos gritantes O mil cruzeiros a que prove a possibilidade de se rasgar o tecido!) não são vinculativas (CARL CROME, *System,* II, 758), mas há reclamos gritantes que não contêm simples gracejos. Igualmente incapaz de

produzir ação é toda aquela promessa de recompensa que tenha forma de aposta, *e.* g., um milhão a quem beije a vizinha, exemplo que é dado em CARL CROME e deixa perfeitamente caracterizado o elemento de pilhéria, de galhofa. Trata-se de lacuna do Código Civil, a que aludimos na *Einleitung* que escrevemos para a coleção *fie Zivilgesetze der Gegenwart.*

No art. 86 do Código Civil falta regra jurídica que corresponda à do Código Civil alemão, § 118: "É nula a declaração de vontade que se fêz sem intenção séria e na esperança de que se lhe não desconheça a falta de seriedade". Certamente, a essa, como a outras lacunas, a doutrina obvia. Mas verdade é que melhor fora preverem-se tais casos de declaração jocosa, pilhérica, de vontade: a educação dos povos ainda não dispensa Esses pontos de referência, que servem de guias às vacilações da interpretação improgredida (cp. Código Civil alemão, §~ 118, 116 e 117>.

2.ATos RECOMPENSÁVEIS. Não só à declaração unilateral de vontade mas também à ação recompensável se exigem a seriedade, a permissibilidade e a moralidade. Uma e outra devem ser acordes com os bons costumes, a ordem jurídica e as relações da vida.

A verificação é *questão de fato.* Princípios gerais, abstratos, seriam ociosos, tão complexos são os casos possíveis.

A promessa de recompensa tem de ser possível, lícita, séria. As ações puramente frívolas não podem ser objeto de tais prometimentos. Caprichos individuais, intenções ridículas

"a quem carregar um caixão de defunto pelas ruas", "a quem ler um jornal de cabeça para baixo" tem-se dito que constituem atos inoperantes (Orro KARLOWA, *Das Rechtsgrschiift und* se *me Wirkung,* 277). Mas certo é que se ajuntam coisas diversas. Se o primeiro exemplo é frívolo, o segundo pode não ser. Ler de cabeça para baixo é aptidão especial; pode interessar e até divertir, o que constitui espécie de interesse. O que se não admite é o ato desinteressante. Essa palavra, só por si, diz muito. Não se cogita do interesse do promitente.

Pode. Esse, não existir, e em si ser interessante o ato. Exemplo:

a quem pular a ponte do rio tal. Não me interessa a mim, mesmo se sou o promitente (V. HASENÔHRL, *Das õsterreichische Obliqatiovcnrccht,* II, 5); mas é interessante em si, porque comove, diverte. Em regra, são válidas as promessas que constituem figuras" correspondentes às apostas populares: os paus-de-sebo, as corridas de

saco, as corridas de pés amarrados, as procuras com olhos vendados, quando não se façam na intimidade e com o caráter de gracejo. O próprio carregar do caixão de defunto pelas ruas pode, em determinadas circunstâncias, ser objeto de promessa séria.

§ *3.627.* Pretensão de quem praticou o ato positivo ou negativo recompensável

1.TEXTO LEGAL A RESPEITO DA PRETENSÃO DO "UNUS EX PUBLICO". Lê-se no Código Civil, art. 1.513: "Quem quer que, nos termos do artigo antecedente, fizer o dito serviço, ou satisfizer a dita condição, ainda que não pelo interesse da promessa, poderá exigir a recompensa estipulada". Aqui, como no art. 1.512, "condição" está no sentido de *condicio iuris,* que não é condição (Tomos V, §§ 541, 5, e 542, 3; XXV; § 3.048, 2): trata-se de pressuposto. O art. 1.513 corresponde ao § 657 do Código Civil alemão.

No sentido inicial, *ausloben* é "finem facere laudis und laudes perdicere".

Em texto do médio alto-alemão lê-se (WALTER, *Lob der Musika,* 45, 8): em frowe xvii ze schedeliche schimpfen, ich babe uz gelobet.

2.INTERESSE DO RECOMPENSADO NÃO É PRESSUPOSTO DE .AQUISIÇÃO DA PRETENSÃO.

Em texto do novo alto-alemão (GÓCRINO, *Gedichte,* 1, 6):der herr Professor Pauli hat zwar ausgelobt, doch euer Leben schreibt Knirknar gern an seiner Statt.

Noutro (P. GERHARD, *Geistliche Lieder)*

Gott ist alíeine groszund schên,unmõglich auszuloben.

O Dicionário dos irmãos JACOB e .WILHELM GRIMM registra outros sentidos, inclusive o de prometer equilíbrio de herança com outros filhos (direito sucessório).

Não havia, pois, até há pouco tempo, o significado *preciso.*

Não há inerente à *palavra,* menos ainda à *instituição,* o interesse

material do promitente. No direito brasileiro, o art. 74 do Código Civil seria de invocar-se, se dúvida houvesse. Mas, nem é preciso, nem razoável. São pontos de que já tratamos.

Quanto ao interesse do executor, o texto da lei é expresso. Poderia deixar de ser explícito, e não mudaria o direito. É regra jurídica que deriva da natureza do instituto.

3.NÃO SÃO PRESSUPOSTOS A UTILIDADE DO ATO E O CONHECIMENTO DA PROMESSA. A *utilidade* não importa *(aliter,* o Preussisebes Alígemeines Landrecht, 1, 11, § 988), como nEo Importa, também, o interesse do executor no momento de executar, ou, até, o conhecimento da promessa. No 1 Projeto alemão, § 581, dizia-se não ser necessário que a ação se houvesse praticado com o conhecimento, ou com o fito de atender à publicação. No II Projeto, § 589, desapareceu a referência ao conhecimento da promessa.

Por quê?

O assunto merece atenção. Se recorremos aos *Motive,* lá não encontramos *(Motive,* li, 520) a exigência do conhecimento. Nos *Protokolle* (II, 847), a II Comissão explicita o pensamento quanto a não ser preciso que o *unus ex publico* tenha tido interesse na promessa.

Na elaboração do Código Civil brasileiro, o Projeto primitivo, art. 1.634, dizia: "Quem quer que execute o ato ou o trabalho, de acordo com os anúncios, pode exigir a recompensa prometida, ainda que o não tenha realizado em vista da oferta salvo se o promitente houver, expressamente, exigido um ato ou trabalho adrede realizado; após a sua solicitação e por causa dela *(Trabalhos,* 1, 140).

Vê-se, pois, que o autor do Projeto primitivo ressalvava; explicitamente, o caso de declarar o promitente tratar-se de ato ou trabalho especialmente destinado a responder à promessa. Teria sido, na forma, particularidade da lei brasileira.

Mas a comissão revisora logo optou por outra forma e redigiu (Projeto revisto, art. 1.807 > : "Quem quer que tenha prestado Esse serviço ou preenchido essa condição, nos termos do artigo antecedente, pode exigir a recompensa prometida, ainda que o não tenha feito por causa da promessa".

A particularidade "salvo se" desapareceu. Não insistiram nela. Mas o art. 1.512 do Código Civil é *jus dispositivum.*

Depois, no Senado Federal, Rui BARROSA propôs: “Quem quer que, nos termos do artigo antecedente, fizer o dito serviço, ou satisfizer a dita condição, ainda que não pelo interesse da promessa, poderá exigir a recompensa estipulada”.

Desagradou-lhe, parece, o “por causa da promessa”, que, aliás, era mais próprio. Mas, evidentemente, soava mal.

Ficou nesse, como no art. 1.512 e nos demais (1.514, 1.516),. a palavra condição cujo sentido é o de *condicio juris.*

Ao comentar o art. 1.513, disse, resumidamente, CLóvis BEVILÁQUA: “A promessa feita com publicidade é dirigida< indeterminadamente, a qualquer pessoa. Desde que esta apresenta aquilo que foi públicamente pedido, o promitente, vinculado por sua promessa, há de aceitar a prestação, e satisfazer

-o que prometeu. Não é necessário que o serviço tenha sido realizado no interesse da recompensa. Basta que corresponda às condições do anúncio, a não ser que o promitente haja, de modo expresso, exigido um ato, que se realize por causa da sua solicitação. À pessoa que faz o serviço ou satisfaz as condições estipuladas confere o direito a necessária ação para exigir a recompensa prometida”. Foi todo o seu comentário, brevidade explicável, aliás, pela natureza do seu livro de direito civil. As questões, porém, são muitas, e temos de versá-las, pelo menos as principais.

4. INTERESSE E CONHECIMENTO, FALTA; PROBLEMAS QUE

SURGEM. “Ainda que não pelo interesse da promessa”, diz o art. 1.518. Em verdade, podemos dizer: ainda que não tenha conhecimento dela. Se bem meditarmos, fàcilmente perceberemos a largueza da proposição.

Exemplos:

a)Um milhão de cruzeiros a quem descobrir o remédio para a doença a. Aquele que já descobriu em tempo que não é o da promessa e sem ser movido pelo interesse, ou, até, sem conhecimento dela, pode reclamar a recompensa. É-lhe devida e tem ele a pretensão.

Que a expressão “mit Riicksicht auf die Auslobung” vale, também, “mit Kenntniss der Auslobung”, dizem os comentadores alemães (F. ANDRÉ, em G. PLANéR, *Búrgerliches Cesetzbuch,* II, 408; LUDwIG

KUHLENBECK, *Das biirgerliche Gesetzbuch,* 1, 587). Um dos mais recentes é explícito: ainda sem ter em vista a promessa de recompensa, ou, mesmo, sem conhecimento dela (Oro WARNEYER, *Komment ar,* 1, 1.079>.

b) Feita a promessa, com o caráter de publicidade requerida pelo art. 1.512, alguém, o *unus ex publico,* realiza o ato premiável e .2- ainda que a lembrança das pesquisas deva ao anúncio, mas realizadas sem interesse na recompensa pode como executor reclamá-la. Poderia, já vimos, se nem sequer soubesse da publicação, ou, até, da possibilidade ou da existência da promessa.

5. LEGITIMAÇÃO ATIVA. Legitimado à pretensão e à ação é qualquer executor: a)Ainda que se trate de execução *objetiva,* sem qualquer atenção ao prometido. Os herdeiros podem reclamar. Em todo o caso, cumpre atender-se a que se daria a intransmissibilidade, se alguém houvesse, por exemplo, vendido o descobrimento ou morrido sem herdeiros: o *direito à exploração industrial* não permite reclamar-se a recompensa, que só é ao fato *pessoal* de descobrir.

Diante do art. 667 do Código Civil, temos de abrir exceçao , ainda que não deixe de haver certa imoralidade intrínseca. (O direito *legal,* num requinte de economismo, decidiu que assim fosse.) b) Na Alemanha, tratou ARTHUR BRÚCKMANN (Die Aus-. lobungen der Polizeibehõrden in Kríminalsachen, *Deutsche .Yuristen-Zeitung,* VIII, 473 s.; Der Begriff der "verlorenen Sache", *Árchiv fúr Elirgerliches Recht,* 23, 328) das promessas de recompensa feitas por autoridades policiais e das relativas a coisas perdidas, e concluiu que o executor pode reclamar, ainda que a lei o obrigasse a fazê-lo independentemente de recompensa *prometida* (Código Civil, art. 603). Em todo o caso, devemos entender que a *recompensa prometida* é fixação voluntária da *recompensa legalmente assegurada,* se maior aquela.

Diz

o Código Civil, art. 603: "Quem quer que ache coisa alheia perdida, há de restitui-la ao dono ou legítimo possuidor". No art. 604, acrescenta-se: "O que restituir a coisa achada, nos termos do artigo precedente, terá direito a uma recompensa e à indenização pelas despesas que houver feito com a conservação e o transporte da coisa, se o dono não preferir abandona-la".

c) A ação nasce ao executor independentemente da própria vontade dele. É o que assentaram F. ANDRÉ (em G. PLANCK, *Biirgerliches*

Gesetzbuch, II, 403), KARL KOBER (em *J. v. Stau-. dingers Ko-‟mmentar,* II, 1249), P. OERTMANN *(Das Recht der Schuldverhãltnigse,*

3y~4 a ed., 774), li. DERNEURO *(Das*

Biirgerliche Recht, II, 585), Orro VON GIERRE *(Deutsches Privatrecht,* III, 322), A. ELSTER (Die Lehre von der Auslobung, *Àrchiv fUr Bilrgerli.ches Recht,* 18, 1) e Orlo WÃRNEYER *(Kommentar,* 1, 1079).

d) Ainda que *antes* da promessa tenha sido executado o ato premiável, cabe ao executor a ação (H.

DERNBURK, *Das Búrgerliche Recht,* II, 585).

6. Posição JURÍDICA DE QUEM PRATICA O ATO E DE QUEM RECEBE A RECOMPENSA. A pessoa que praticou a ação pode não querer que o promitente dela se aproveite. É-lhe livre fazê-lo. Não está obrigada a coisa nenhuma. Pode até perguntar se o promitente acede em aumentar o valor do prometido. Pode pretender que o declarante se satisfaça com parte da execução. Mas Esse nem está obrigado a dar o valor da obra, nem a conformar-se com a execução parcial. Não há contrato entre eles.

Se o executante apresenta a obra e recebe a recompensa, o caso muda de figura. Havendo vício, que em direito seja redibitório, o promitente, como o executante, têm ação um contra o outro, *quanti minoris* ou redibitória. JOsEF‟ KOHLER *(Lehrbuch,* II, 357) viu nisso uma prova de se tratar de contrato de obra; houve exagero : nem a redibição ou o abatimento no preço são exclusivos do contrato de obra (Código Civil, arts.

1.242, 1.243, 1.101-1.106), nem todas as promessas de recompensa se reduzem a tal contrato. Rege o ad.

1.101, parágrafo único, por analogia, embora não se trate de contrato.

O promitente, e bem assim o *unus ex publico,* aquele depois de entregar ou antes, quando se lhe pedir a coisa, e Esse depois de prestada a obra, respondem pela evicção. Se a coisa é evicta em caso de promessa que disfarce apenas a liberalidade, o promitente doador escapa à responsabilidade,, de acordo com o art. 1.179.

Todavia, se houve serviço, ou qualquer prestação efetiva, cessa o caráter de pura liberalidade; e cabe a regra de ser responsável o

promitente.

Obriga-se o promitente a pagar o prêmio a quem fizer o que ele indica. Aliás, nada impede que a indicação seja deixada a terceiro, ou a comissão, e então a determinação constitui parte integrante da promessa. É ponto de que já tratamos.

A recompensa pode ser em dinheiro ou em outra qualquer coisa, de valor ou simplesmente honorífica. A promessa de concluir contrato com a pessoa que preste qualquer ato não pode ser tida por verdadeira promessa de recompensa. A lei que a rege não é a do Capítulo II do Título VI da Parte especial, Livro III, do Código Civil.

7. DísposíTívíDAdE DO ART. 1.513, □

2 a PARTE, DO CÓDIGO CIVIL. Dispensa a lei o interesse do

executante no tocante ao motivo do seu ato. Pode ser recompensado mesmo se não conhecia a promessa de recompensa, ou se já havia praticado o ato. Surge, porém, o problema: se foi eliminada a referência à ressalva pelo promitente *(e.* g., exigiu a execução com o propósito de obtenção da recompensa), apode ela ser feita?

Noutros termos: o art. ~ 2º parte, *in fine,* do Código Civil,é *jus imperativum,* ou é *jus dispositivum?* Tem-se de assentar que é dispositiva a regra jurídica: o promitente pode exigir a execução proposital, como pode exigir que tenha tido o executante ciência da promessa, ou, até, que tenha comunicado a hora em que a leu ou a viu, ou lhe foi mostrada ou lida.

8.PROMESSA DE RECOMPENSA E INTERESSE DO PROMITENTE.

O promitente não tem ação contra qualquer pessoa, salvo, está claro, se alguém se disse executante e recebeu indevidamente. Tal ação é independente. Tal ação é de todo *fora do negócio jurídico da promessa.* Quem promete, ou quer haver um benefício e recompensá-lo, ou doar, ou estabelecer locação de serviço, em que seja, por momentos talvez, o locatário. Profunda diferença há, todavia, entre compra, doação, locação de serviços, e promessa de recompensa. Naqueles, há o contrato com alguém, que vende, recebe de doação ou loca; nessa, exige-se apenas a declaração unilateral de vontade.

~Que é que se exige ao promitente? O interesse pessoal, em sua acepção filosófica, que abrange o patrimonial, o moral, ou outro

qualquer. Mais ainda: o ato recompensável, Esse, pode ser no interesse do promitente, ou no interesse de terceiro

(E.DERNBURG, *Das Bilrgerliche Recht,* II, 544; JOSEF KOHLER, *Lehrbuch,* II, 851). Não raro reverte em favor exclusivo da comunhão, do público, o que constitui, na essência, caso especial de estipulação a favor de terceiro, ou o próprio instituto do art. 1.098 do Código Civil, na ordinariedade de suas normas. Assim, o ato recompensável pode direta ou~ indiretamente interessar a instituições cientificas , artísticas, ou literárias, industriais, agrícolas e outras mais, ou, abstratamente, à literatura científica, médica, jurídica, poética, ou política. Muitas vezes, o promitente visa, tão-só, o seu interesse pecuniário, material, como se dá nos casos de promessa a investigadores públicos ou particulares de crimes que descobrem furto. Outras, quer-se apenas concorrer para o movimento literário do país ou incentivar a produção de certo alimento. A lei não exige a utilidade patrimonial do serviço ou ato, que se pretende recompensar. Basta que se trate de alguma coisa que o promitente tenha desejado se prestasse, ou se realizasse, mediante ato ou omissão de outrem.

Quis-se ver nas promessas de recompensa contrato de serviços ou de obra (JoSEF RORLER, Auslobung und Wette, *Archiv fiir Riirgcrliches Reeht,* 25, 1 s.). gMais bem avisados, porém, e mais observadores da realidade, pensam acaso os que, como H.DERNEURG *(Das Biivrgerliches Recht,* II, 544), exigem o *interêssv* do promitente, dado à palavra interesse o sentido de proveito? Divergimos aqui do jurista alemão, e, se razões teríamos no direito alemão, maiores a temos no nosso. A. lei civil brasileira não disse apenas remuneração *<cine Belohnung)* pela prática de ação, como se lê na alemã.

Mas também lá se diz: particularmente, notadamente, para a obtenção de um resultado, "instesondere fúr die Herbeifúbrung eines Erfolges", o que permite a interpretação: se os casos proveitosos são os principais, é que não são sos.

O Projeto primitivo (art. 1.633), mais fiel à fonte alienígena, referia-se "a quem executar um certo trabalho ou praticar um determinado ato"; contudo, ainda em 1900, a Comissão revisora *(Trabalhos,* 1, 567 e 875) alargava o conceito: "prestar certo serviço ou preencher certa condição".

Ora, gratificar não é o mesmo que recompensar, remunerar, pagar serviços, dar gorjetas remuneratórias, como, em demasia de facilidade súlonínica , quis CÂNDIDO DE FIGUEIREDO. Na recompensa há ato de paga, de remuneração, e por isso remuneração e recompensa são

sinônimos. Em gratificar há ato existente em si, que pode ser pagamento e pode não ser; gratificamos a quem nos serve, como a quem não nos presta nenhum serviço: não se pressupõe situação anterior de débito, embora essa muita vez exista. Quem recompensa, solve. Quem gratifica, pode ser que dê. No recompensar há a prova de que O recompensado fêz algo de agradável a quem recompensa:no gratificar, agrada-se a alguém, que é o qualificado. *GraUficari patriae,* disse SALLUSTIO: servir a pátria.

9.AçÃo RECOMPENSÁVEL. A ação que se tem por fito na promessa de recompensa pode ser de várias espécies, porém não é nunca simples execução de obrigação oriunda de negócio jurídico (CÃRL CROME, *Systcm,* II, 756). Assim, é promessa de recompensa a promessa feita a quem vencer na luta romana ao atleta A, a quem achar criança perdida ou roubada:

não no é: a promessa para quem agenciar compras para fábrica recém-fundada de artigos de borracha, ou efetuar qualquer operação de banco ou de corretagem. A recompensa pode ser para pura ação , ou para conseguimento de resultado de outra espécie, quer dizer: descoberta de esconderijo, pesquisas de animais. Às vezes aparece associada a execução de obra e então o promissário não é obrigado a contrato; não se trata de contrato de obra ou de serviço, mas de promessa de recompensa. Somente será obrigado o promitente, se for executada a ação que se propôs premiar, e pressupõe-se, naturalmente, que nenhum conteúdo ilícito (proibido ou imoral) tenha o negócio. regra que é comum a todos os atos jurídicos, e não somente aos contratos (senso estrito).

A promessa unilateral de recompensa, de que cogita o Código Civil, é a promessa, de público feita, isto é, expressa por avisos públicos, de recompensa pela prática de determinado ato, principalmente, ajunta o Código Civil alemão, *flir db Herbeifiihrung ejues Erfolges,* para obtenção, de resultado. No projeto da primeira revisão mais analiticamente se dizia: execução de obra ou consumação, de determinada ação (Projeto alemão, § 581).

A ação, dissemos, pode ser de várias espécies. Assim, há promessas de recompensa em que se prometem prêmios por prestações industriais, humanitárias, científicas ou artísticas, recompensas por achamento de coisas perdidas, descoberta de criminosos, ajuda ou mediação em ocupações e negócios, notícias de pessoa de que Tião se tem comunicação nem informes, tomadas de primeiras bandeiras inimigas, ou canhões, durante a guerra. Sem dúvida, como bem notou KARL

SCHLEICHER *(Die Lehre von der Auslobung,* 6), a expressão do Código Civil alemão "Vornahme einer Handlung", bem coma a do Código Civil brasileiro

"preencha certa condição ou desempenhe certo serviço" devem de ser entendidas no mais largo sentido. E

pouco importa se a promessa foi feita com algum fim que a justificasse.

A ação não há de prejudicar o promitente. O direito não pode admitir recompensa por ato que cause dano ao promitente, salvo se Esse dano é compensado por outros proveitos mavres, ainda simplesmente morais ou de convicções. Por exemplo:trezentos mil cruzeiros a quem apresentar o melhor processo <½ fabricação de perfumes do que o empregado na casa do promitente, que é perfumista. Naturalmente, pode prejudicá-lo a apresentação da prova, mas não se pode julgar nula a promessa: ele queria realmente conhecer outro melhor, ou, menos, provocar as tentativas e o desenvolvimento industrial.

A ação não pode ser simples acontecimento, independente de vontade humana, ou de qualquer indivíduo, ainda que voutiva; e. q., a inundação de rio; a chuva no dia 6 de janeiro; a baixa do câmbio. Nem a ação pode ser objeto de outro contrato especifico: por exemplo: a quem me emprestar vinte mil cruzeiros. seria válida se formulada a promessa a quem me indicar quem mos pode emprestar.

~:3.628. Recompensa determinável

1.DETERMINAÇÃO OU DETERMINABILIDADE DA RECOMPENSA.

Se a recompensa não foi precisamente determinada, cabe ao juiz fixá-la *boni viri arbitrata* (cf. SCHÍYTZE, Die Auslobung, *Jahrburh des qcmc.inen deutschen Reehts,* V, 54). Sabemos já que pode ser em dinheiro, em valor, ou, até, em objeto que só tenha mérito moral ou intelectual, ou simbólico (F. HOFMANN, Vir *Entstchunqsgriinde der Obliqationen,* 41; F. REGELSEERGER, *Chrilrcchtlichc Frdrterun,qen,* 204).

Posso prometer o título de campeão de salto ao que vencer o campeão atual. Posso prometer a medalha

"Olavo Bílac", que mandei fundir, ao poeta que me remeter a melhor poesia, em sonêto ou balada, em tercetos ou coleção de cinqüenta

versos alexandrinos.

Um beijo pode ser prometido, se houver razão para isso, como solenidade tradicional, costume do povo ou particularidade de ato consagrativo. As circunstâncias decidem da validade (ROEERTVON MAYR, *DL*

Auslobung, „74).

Imaginemos que se anuncie: no dia 25 de dezembro, no Fluminense Futebol Clube, a senhora M., diretora das festas às crianças, premiará as meninas que se apresentarem mais adiantadas em língua nacional: Cláusula 1. A que ler mais depressa, e mais certamente, ganhará coleção de livros de histórias.

Cláusula II. A que mais facilmente redigir a anedota apresentada, receberá medalha.

Cláusula III. Às duas que tirarem o 29 lugar dos dois casos das cláusulas 1 e II, um simples beijo.

Trata-se de concurso. Aliás, poderia ser figurada a pura promessa de recompensa. Em qualquer das duas figuras, a pro~nessa -é válida. A recompensa é devida.

2.INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS. Na interpretação das Cláusulas com que o declarante expressou ao público a sua vontade, têm de ser atendidas as regras jurídicas que, embora, por sua redação, pareça somente se referirem aos negócios jurídicos bilaterais, tanto incidem a propósito dEsses como dos negócios jurídicos unilaterais.

Cabem, por exemplo, as mesmas regras jurídicas tocantes a pesos e medidas. É legal no Brasil o sistema métrico decimal (Lei n. 1.157, de 26 de junho de 1862: Decreto n. 5.089, de 18 de setembro de 1872; Decreto n. 5.169, de 11 de dezembro de 1872; Decreto n. 5.320, de 26 de junho de 1873). Se a declaração consiste em Promessa de venda, e essa se há de fazer ou se faz por pesos e medidas não legais, podem ser impostas as penas da lei; bem ass:m quando se trate de venda se há pesos não aferidos ou medidas não aferidas. Não é aqui, porém, que se manifesta a necessidade de se estenderem aos casos de declaração unilateral de vontade regras jurídicas atinentes aos contratos.

No Código Comercial, art. 132, estatui a lei que, nos contratos, em sendo usados, para designar peso ou medida, termos genéricos, que convenham a quantidades diversas, se entende contraída a obrigação conforme o peso ou a medida em uso nos contratos de igual natureza.

Assim também nas <declarações unilaterais de vontade, nas quais tem a exegese de examinar o objeto que por elas se promete, a fim de se saber qual o peso ou medida do objeto da obrigação. Promete E cem sacos de farinha de trigo a quem lhe indicar o esconderijo do gatuno, que lhe assaltou o moinho. Entende-se cem sacos de 44 quilos. Mas, se a recompensa tiver de ser em sal, 30 sacos, por exemplo, hão de eles conter 60 quilos de sal, e não 44.

Outra regra jurídica merece ser referida. Lê-se no Código Civil, art. 949, que, se o pagamento se houver de fazer por medida ou peso, se entende, no silêncio do negócio, que são os do lugar da execução. Não era escusado dizê-lo; não colide o artigo com a adoção do sistema métrico decimal para todo o Brasil: nas leis brasileiras, vedam-se os antigos pesos e medidas e a utilização de pesos e medidas que não estejam completamente aferidos, bem como de carimbos ou marcas falsas <Decreto n. 5.089, de 18 de setembro de 1872, arts. 42 e „70, 3? alínea; Lei n. 1.157, de 26 de junho de 1962, art. 3.0). Mas o negócio juridico é válido.

Consulta isso aos interesses públicos, à resistência do meio, necessariamente forte, pela maioria analfabeta da população. Ora, se nula não é a cláusula, nem, tão-pouco, o.negócio jurídico, vem a pêlo a regra jurídica do Código Civil; sem correspondentes noutras legislações e sem antecedentes autóctones, evidencia em si o cunho das boas e eficazes regras de direito, das que dão forma à ciência existente. O alqueire de Minas Gerais e do Rio de Janeiro difere do alqueire de São Paulo: aquele, 4 lia, 84; Esse, 2 ha, 42. Se E promete ao inventor de aparelho agrícola, cuja utilidade se prevê na indústria do café, 200 alqueires de terras em São Paulo, interpreta-se a promessa de recompensa como tendo por unidade de superfície agrária o alqueire paulista.

§ 3.629. Lugar da entrega da recompensa

1.DETERMINAÇÃO DO LUGAR DE ENTREGA. O lugar da entrega da recompensa é determinado pelo teor da promessa. atendidos os casos concretos. Já C. F. REATZ (Der FrEi!lungsort, *Gutachten aus dem Anwattsta‟nde,* 1, 559) mostrara que as promessas de recompensa, se são mais do que interesse do promitente, produzem *dívidas dc levar* (Bringschuld), ao passo que as feitas *mais* no interesse dos candidatos são causadoras de *dívidas de vir buscar* <Holschuid). Não temos alavras próprias para traduzir *f-Iolsehuld* e *Rringschuld;* os dicionários nada dizem. *Hol,* de *holen* (cf. JACOB GRIMM e WILRELM GRIMM,

Deutsches Wúrterbuch, IV, Parte 2?,1743).

Sobre o assunto, Tomo XXIV, §§ 2.939 e 2.940.

2. CONCURSOS. O Código Civil, art. 1.513, iii *fine,* não se aplica aos concursos. Nesses, ordinariamente , é de mister a *apresentação.* Presume-se isso, como se presume o contrário quanto às promessas de recompensa dos arts. 1.512 e 1.513.

As regras jurídicas Sobre a promessa de recompensa podem ser alteradas pelo *anúncio* ou *promento* do prometimento. Nele, podem incluir-se cláusulas que lhe dêem aparência de meros contratos e, então, deve o jurista atender a tais diferenciações e afinidades da figura jurídica. Mas tem-se de evitar, quanto possível, a confusão com outros negócios. Parecença supõe elementos novos, evidentemente inseridos na declaração de vontade. A confusão evidencia desrespeito à técnica, ignorância da sistemática do direito, ou, pelo menos, superficialidade de conhecimento.

De regra, a recompensa dificilmente seria rejeitada por vicio redibitório, ou pedido o complemento. Mas isso pela razão geral: não há vínculo de origem bilateral entre promitente e executor, salvo depois da execução e apresentação. Não há prestacão e contraprestacão (L. RUHLENBECK, *Das Riirqcrliche Gesetzbuch,* 1, 2?

ed., 537 e 540). Já vimos que a espécie pode ocorrer.

Mas, se o promitente aliena o objeto da recompensa, ou se o mata (em sendo animal), ou o destrói, ou por qualquer modo impede que seja conferida ao executor, responde pelo dano.

§ 3.630. Promessa de recompensa e revogabilidade

1.ELABORAÇÃO DO ART. 1.514 no CÓDiGo CIVIL. Antes do Projeto primitivo, dizia o *Esbóço* de Teixeira DE FREITAS (art. 2.702) : "Anunciado o concurso, seu autor não pode retratar-se, e fica obrigado ao prêmio ou recompensa prometida até que termine o prazo marcado". Só cogitou do concurso. Escapou-lhe a promessa de recompensa *sem prazo,* ou a promessa de recompensa *com prazo,* mas sem os caracteres.concurso.

No Projeto primitivo, disse o art. 1.635, de que provém o Código Civil: "Antes de executado o ato ou trabalho, pode o promitente revogar a sua promessa, contanto que o faça com a mesma publicidade que teve

a promessa. Se tiver marcado prazo para a execução do ato, entende-se que renunciou ao direito de retirar a sua oferta, dentro dEsse espaço de tempo". Note-se a impropriedade da expressão "oferta".

No Projeto revisto, art. 1.808, perdurou, em quase todo o contexto, o art. 1.635 do Projeto primitivo, e a palavra *oferta,* tecnicamente mal empregada, resistiu à comissão revisora, que estava dominada pela ortodoxia do vínculo direto: "Antes de prestado o serviço ou preenchida a condição, pode o promitente revogar a promessa, contanto que o faça com a mesma publicidade. Se tiver marcado prazo para a execução do ato, entende-se que renunciou ao direito de retirar sua oferta, dentro dele". Melhorou, um tanto, a forma.

Riscou-se a palavra "promessa" que duas vezes se empregava na primeira parte. Mas continuou a *oferta,* de irrecusável impertinência.

No Senado, o senador RUI BARBOSA riscou o *sua* (promessa) ; e Lê-lo acertadamente. Mas redigiu o final:

"Se, porém, houver assinado prazo à execução da tarefa, entender-se-á que renuncia ao arbítrio de retirar, durante ele, a oferta". De novo, a falta de terminologia científica.

2. FONTE DAS REGRAS JURÍDICAS DO Código CivIL , ART. 1.514. &De onde nos veio, para o Projeto de CLóvís BEvILÁQUA, o art. 1.514?

Do 1 Projeto do Código Civil alemão, § 582:

"Die Auslobung kann SO lange widerrufen werden, aIs die Handlung nicht vollbracht ist. Der Widerruf ist nur dann wirksam, wenn er in derselben Weise wie die Auslobung õffentlich bekannt gemacht worden ist.

AuL die Widerruflichkeit kann in der Auslobung verzichtet werden. Em solcher Verzicht ist im Zweifel anzunehmen, wenn in der Auslobung fúr das Vollbringen der Handlung em Zeit bestimmt ist"t, Se tirarmos em vernáculo:

"Enquanto a ação não foi praticada, pode ser revogada a promessa de recompensa. Somente é eficaz a revogação se feita pela mesma maneira pela qual foi públicamente conhecida a promessa de recompensa. A revogabilidade pode ser renunciada na promessa de recompensa. Se a promessa de recompensa determina prazo z *eine Zeit)* para a execução do ato, presume-se, em caso de dúvida, tal

renúncia".

Como todos sabemos, RAOUL DE LA GRASSERIE publicou, em 1893, defeituosíssima tradução do 1

Projeto. t dEsse monstruoso espécime que vem a *oferta* do ad. 1.514. IRÂoUL DE LA GRASSERIE

traduzira *Auslobung* por *offres!* Disse ele: "En cas de doute, cette renonciation doit être presumée, lorsque *les ofires* indiquent un délai pour l"accomplissement du fait".

No Projeto da II Comissão, § 590, emendou-se, quanto à forma, o texto do 1 Projeto: "Die Auslobung kann so lange widerrufen werden, bis die Handlung vorgenommen worden ist. Der Widerruf ist, sofern nicht durch besondere Mitteilung erfolgt, nur wirksam, wenn er in derselben Weise wie die Auslobung bekannt gemacht ist. Auf die Widerruflichkeit kann in der Auslobung verzichtet werden; em Verzicht liegt im Zweifel in der Bestimmung einer Frist «ir die Vornalime der Hand]ung".

Ainda não era o texto definitivo. O estilo do § 658 do Código Civil alemão é melhor do que o dos Projetos:

"Die Auslobung kann bis zur Vornahme der Handlung widerrufen werden. Der Widerruf ist nur wirksam, wenn er in derselben Weise wie die Auslobung bekannt gemacht wird oder wenn der durch besondere Mitteilung. erfolgt.

Auf die Widerruflichkeit kann in der Auslobung verzichtet werden; em Verzicht liegt im Zweifel in der Bestimmung einer Frist flir die Vornahme der Handlung".

Temos em língua portuguêsa:

"Até à execução do ato, pode ser revogada a promessa de recompensa. Só tem eficácia a revogação, se conhecida pela mesma maneira que a promessa de recompensa ou se se efetuar por notificação particular.

Na promessa de recompensa, pode-se renunciar à revogabilidade; e, em caso de dúvida, na determinação de um prazo para a execução do ato funda-se uma renúncia".

A possibilidade da revogação por notificação não aparecia no 1 Projeto. Nem aparece no Código Civil alemão. Quer dizer: os elaboradores não se puseram ao corrente das emendas de 1895 em

diante.

Voltaremos ao assunto.

3.PROBLEMA TÉCNICO DA REGRA JURÍDICA SOBRE REVOGABILIDADE. A revogabilidade da promessa de recompensa era a *venta quaestio* da doutrina da promessa de recompensa, no direito alemão anterior ao Código Civil. Em parte, dizia ROEERT vON MAYR *(Die Auslobung,* 36), disputa sem razão de ser, porque era erro crer-se que a revogabilidade ou a irrevogabilidade decidiria da construção jurídica do instituto. Há questões semelhantes dentro da própria doutrina dos contratos.

O que é certo, porém, é que, então, a questão doutrinária se tripartia:
a)Irrevogabilidade incondicional.

b)Revogação com obrigação de indenizar os prejuízos.

c)Revogabilidade incondicional.

Os que postulavam a irrevogabilidade absoluta, desprezavam os casos em que parecia dever-se atender à excepcionalidade da situação efetiva. Invocava-se o princípio: *minima non curat praetor.*

Tinham a promessa de recompensa como manifestação de vontade dependente de aceitação: PH. VON

BÚLCw, E. VON JHERING, SCHÚTZE, E. REGELSBERGER, A. VON VANGEROW, A. ExNER, 1<.

TZSCHIRNER, II. ScI-iorr e outros. Também assim pensaram K. A. D. UNTERHOLZNER

(Quellenmàssige Darsteliung, 1, 36) e A. PERNICE *(Zeitsohrift fúr Handelsrecht,* 20,294 s.).

Mas tinham-na como *pollicitatio:* J. E. KUNTZE, H. SIEGEL, G. F. PUCHTA *(Pandekten,* 9? ed., 400), L.

ARNDTS *(Lehrbuch der Pandelcten,* 8? ed., 409, nota 3), A. BRINZ *(Lehrbuch der Pandektcn,* 1.1< 1549), J. UNGER (Das Versprecben und Verpflichtungsgrund, *Gr-iinhuts Zeitschrift,* 1, 370), OTTO KARLOWA *(Das Rechtsgesehdft uni? .seine Wirkung,* 274 s.), ST"OBBE

-LEHMANN *(Handbuch des deutsohen Privatreehts,* III, 102), V.

HASENÓHRL *(Das õsterreich,ische Obligationenrecht,* II, § 57) eH. DERNBURG *(Pandekten,* II, 24).

Outro, C. F. A. KOEPPEN (Der obligatoriache Vertrag unter Abwesenden, *Jahrbuch flir die Dogmatik,* 11, 389 s.), considerava-a como oferta de contrato, mas desde logo vinculativa (cf. B. WINDSCHEID, *Lehrbuch,* ~ 9? ed., 258, nota 8).

Dizia II. SCHOTT *(Der obligatori.sche Vertrag unter Ab-wesenden,* 145) enganar a confiança o promitente que revoga a promessa sem indenizar. SCHtYTZE (fie Auslobung, *Jahrbuch des gemeinen deutschen Reckts,* V, 69) falava de *dolus.* Também *à actio dou* se referia E. VON SAVIGNY *(Das Obligationenrecht,* II, 90). Contra, E. REGELSEERGER *(Civilrechtliche Erãrterungen,* 218) e A. EXNER (Zur Theorie der Auslobung, *Kritische Vierteljahrsschrift,* 11, 357).

4.DIFERENÇAS ENTRE AS SOLUÇÕES LEGISLATIVAS. Com exceção do Preussisches Alígemeines Landrecht CI, 11, § 989), que só previa a revogação no caso de promessa de recompensa com prazo, os projetos e as leis optaram, claramente, por outra solução possível: (a) Revogação mediante indenização (Projeto bávaro, art. 755).

(b)Livre revogabilidade (Projeto da Héssia, ad. 199; Projeto de Dresda, art. 686; Projetos alemães).

O Código suíço das Obrigações, art. 8, deu solução diferente de (b). Quem promete publicamente preço em câmbio de prestação tem de pagar conforme a sua promessa. Se retira a promessa antes de lhe chegar a prestação, tem de embolsar, no máximo até a concorrência do que prometera, as despesas feitas de boa fé, salvo se prova que o êxito esperado não se teria obtido. O bilateralismo ressalta. Construiu-se como oferta, e não como declaração unilateral de vontade, a promessa de recompensa (cf. H. OSER, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch,* V, 44, e KARL HEINSHEIMER, Zum Begriff der "Auslobung", *Deutsohe Juristen-Zeitung,* 25, 1 s.>.

5.SOLUÇÃO DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. Lê-se no ad. 1.514 do Código Civil: "Antes de prestado o serviço ou preenchida a condição, pode o promitente revogar a promessa, contanto que o faça com a mesma publicidade. Se, porém, houver assinado prazo à execução da tarefa, entender-se-á que renuncia o arbítrio de retirar, durante ele~ a oferta".

As regras jurídicas do ad. 1.514, 1. e 2.‟ alíneas, cindem o instituto da

promessa de recompensa em dois tipos: REVOGABILIDADE DA PROMESSA

1) *Promessa de recompensa sem prazo.* Antes de prestado o serviço, ou satisfeito o que se quer, é plena a faculdade de revogar. O contacto ainda é exclusivamente com o público; a publicidade, feita pela mesma maneira por que se comunicou ao público a promessa, basta como veículo da revogação.

O Código Civil alemão, § 658, por sugestão da II Comissão, § 590, admitiu a notificação pessoal. Às vezes, é certo, será de mister: se tenho razões para saber que alguém está a tentar executar o ato, bem que tenha, para isso, saído ~a cidade e ido a lugar de descanso, devo notificá-lo, porque a mesma publicidade talvez não baste. Mas, somente por isso, não se desmorona

-a teoria de inexistência de *obrigação* entre promitente e *unus ex publico,* pois, *ex hypothesi,* tinha o promitente razões para saber qual o interessado (carta, aviso). Segundo o Código Civil alemão, posso preferir Esse modo de revogação, evidentemente mais dispendioso e minudente. Impraticável, se demasiado largo o círculo social a que lancei a promessa, e se há outros interessados, talvez desconhecidos.

O problema não pode ser posto fora do *plano da eficácia.* Promessa de recompensa houve e válida, pelo menos na espécie. Se B e C começaram de despender, devido à promessa de recompensa que se publicou, a notificação a B não pode ser eficaz quanto a C. Ter-se-ia de publicar a revogação, que aliás somente pode ter eficácia *ex nuno.*

A revogabilidade pode ser pré-eliminada se assim entende o promitente. Aí, pode não haver prazo e haver irrevogabilidade.

II) *Promessa de recompensa com prazo.* Da determinação dele resulta, *na dúvida,* a renúncia à revogabilidade.

6. IRREVOGABILIDADE VOLUNTÁRIA. No Código Civil alemão, § 658, e assim desde o 1 Projeto, §

582, diz-se que, na promessa de recompensa, pode ser pré-eliminada a revogabilidade. No Código Civil brasileiro, ad. 1.514, nada se estatui. „Só se cogita da presunção de revogação quando a promessa de recompensa tem prazo. Mas, aqui, como a respeito da notificação pessoal, a que também não alude a lei civil brasileira, as regras do

direito científico constituem estrutura do instituto e dispensam o direito escrito. (De passagem, observemos que, desde o 1 Projeto alemão, estala erro de terminologia, que é o de se falar de renúncia, *Verzicht,* a respeito da pré-eliminação da revogação. Cf. 1 Projeto, § 582, II Projeto, § 590,. e Código Civil alemão, § 658. Não se renuncia ao que ainda não existe.) 7. IRREVOGABILIZAÇÃo EM CONSEQÚÊNCIA DE TER NASCIDO A PRETENSÃO DO "UNUS EX

PUBLICO". Mesmo se não houve prazo, nem pré-eliminação da revogabilidade, se nasce a pretensão do *2/nus ex publico,* se torna irrevogável a promessa. Trata-se, diz-se, de ato recompensável. Só Esse impede a possível revogação, só Esse cria a irrevogabilidade da promessa, só Esse dá ação ao *unus ex publico.* Não bastaria o ato de *aceitação.* (o nosso instituto é de declaração unilateral de vontade, e não contrato), ou o simples aviso pelo *unus ex publico (Motive,* II, 522).

No Brasil, CLóvís BEVILÁQUA levantou a questão *(Código Civil comentado,* V, 274: "Se o direito à recompensa é, somente, adquirido quando se executa o serviço, ou é satisfeita a condição, ~ aquele que foi provocado a gastar tempo, esforço e dinheiro, para o fim de alcançar a recompensa, terá direito a ser indenizado? O Código suíço das Obrigações (art. 8, 2.~ parte) adotou a solução afirmativa. Esta solução parece justa. Se o promitente retira a sua promessa, antes que uma prestação qualquer lhe seja apresentada, deveria reembolsar, dentro dos limites da recompensa prometida, as despesas feitas de boa fé, e indenizar o trabalho pessoal do concorrente, se não provar que o resultado esperado não podia ser obtido. Mas contra essa doutrina poder-se-á opor: 1.0 Que, se o Código reconhece, expressamente, ao promitente, o direito de se retratar, antes. de realizada a prestação, sempre que não tenha estipulado um prazo à execução dela, não se lhe pode impor uma pena civil por ter usado, normalmente, do seu direito. 2.0 Que, em verdade, o promitente não prometeu à pessoa certa para que esta se julgue com direito de lhe reclamar perdas e danos pelo"

inadimplemento da promessa. 3? Que, pela promessa está criado o vínculo obrigacional, mas êste somente se torna definitivo" pela prática do ato, a que a promessa se refere, o qual equivale a uma legitimação do direito.

49 Que, se houve Esse direito de reclamar perdas e danos pela revogação da promessa de recompensa sem prazo, deveria ser igual para todo o público ou para a classe a quem se dirigisse; mas seria absurdo que o promitente tivesse de indenizar quantos indivíduos se lhe apresentassem alegando ter-se preparado para realizar a tarefa

estipulada. Nem a recompensa comportaria essa divisão infinita, nem seria possível, em tais condições, a figura jurídica imaginada. Se a primeira razão isoladamente é fraca, adquire força irretorquível ao lado das que se lhe seguem de lamentar-se a confusão entre *vínculo* (vinculariadade) e *obrigação.* O direito nasceu para todos os que se acham no circulo a que se dirigiu a promessa de recompensa e *podem* fazer-se titulares da pretensão. A pretensão somente nasce com a prática do ato, positivo ou negativo. A pretensão é do *unus ex publico,* e não de todos os que se poderiam fazer tal.

A solução de responder por perdas e danos já fora explícita no Projeto de Código Civil para o Reino da Baviera, art. 755. Apanhava as próprias promessas de recompensa *revogáveis.*

O assunto merece trato especial. Para isso, tem-se de distinguir da indenização por mudança ilegal de atitude, por parte do promitente, *antes* da prática do ato recompensável, a indenização por mudança ilegal de atitude do promitente, *depois* de praticado o ato recompensável.

Não temos dúvida em admitir a indenizabilidade se o promitente causou danos a quem iniciou serviço ou ato antes de revogada a promessa revogável.

Cumpre que se examinem as espécies.

8.INDENIZAÇÃO NO CASO DE REVOGAÇÃO OU DE TENTATIVA DE REVOGAÇÃO ANTES DA PRÁTICA DO ATO RECOMPENSÁVEL. Executado o ato, já não pode ser revogada a promessa. Se o promitente, ainda assim, tenta revogá-la, nasce a ação ao *ztnus ex pubiro.* Em verdade, ou disse que *nao vai adimplir* ou deixa de adimplir; *inadinple.*

A acho também resulta da tentativa de revogação antes da execução do ato, se se trata de promessa irrevogável, ou por declará-la irrevogável o promitente, ou por ser fixado prazo. Aí, a ofensa é ao dever, e não à obrigação .

Do ato da pretendida revogação, por ilegal e. *a fortiori,* se legal, ~ não (deriva. desde logo, urna ação e indenização (perdas e danos)? ~ Nasce a ação fundada no art. 1.514, ou não nasce nenhuma?

Tem-se de distinguir da promessa unilateral irrevogável a ainda revogável.

a) A solução não tem sido procurada com toda a atenção que a questão requer. A indenização, em caso de revogação, *antes da prática do ato, positivo, OM* negativo, por parte de alguém, é pela *culpa* vi *promíendo,* espécie semelhante à da *culpa in contrabendo.* O interessado pode mostrar quais foram as suas despesas e prejuízos por ter sobrevindo tal atitude do promitente e a probabilidade de se legitimar como praticante do ato, positivo ou negativo, que se prometeu recompensar, porem não a despeito da notícia Sobre a revogação *eficaz* levar a cabo o que se impusera. A revogação tivera eficácia. Revogar é retirar a voz, indo-se ao suporte fáctico do negócio jurídico que ficara aberto. Na espécie, *ále ainda não estava: fechado.*

b) Se a promessa de recompensa não poderia ser revogada, a revogação foi ineficaz. Na hipótese, o *unus ex publico* ainda não praticara o ato, mas o *unus ex publico* já iniciara a prática do ato, com despesas e prejuízos.

Aqui, a culpa é *culpa in revocando.* O promitente não podia revogar a promessa (=z não estava aberto o suporte fáctico), e "revogou-a"; houve culpa sua no que sofreu de despesas e danos o *unus ex publico.*

A solução do Projeto bávaro, art. 755, foi sábia: se alguém antes da revogação já trabalhara, ou fizera despesas, tem pretensão *à* indenização (= o promitente é obrigado a indenização, *verbis* "so ist ihm der Auslobende zum Ersatze verpflichtet"). Sem razão, os *Motive* do Projeto de Código Civil alemão (TI, 522).

Se há parciariedade na promessa (promessa de recompensa negócio parciário), a obrigação de indenizar partilha-se em quotas (CÂRI CROME, *Die partiarischen Rechtsgeschàfte,* 510; ROBERT VON MATa, *Die Auslobung,* 75).

9. INDENIZAÇÃO EM CASO DE TENTATIVA DE REVOGAÇÃO DEPOIS DE ESTAR PRATICADO O

ATO RECOMPENSÁVEL. Se a pretendida revogação das declarações unilaterais de vontade irrevogáveis, *antes* de ser praticado o ato recompensável, são *ofensas* ao direito que nasceu a quem pratique o ato, pessoa ainda inserta no público, a pretendida revogação das declarações unilaterais de vontade, *depois* de estar praticado o ato recompensável, já é *ofensa* a pretensão, que nascera ao *unus ex publico.* Tal indenização já é por inadimplemento. De certo modo, o promitente apressou-se em dizer que não cumpriria. No seu ato de pretendida revogação há implícita afirmação da sua vontade de não adimplir. A indenização é por inadimplemento. Nasce *ação* ao *unus ex*

publico.

10. PROVA. Quanto à prova, uma vez executado o ato, ao promitente é que cabe provar que não se satisfez o que ele quis (KARL KOBER, *J. vou .Staudingers Kommentar,* II, 250). Rigorosamente, há duas provas: a) A do *unus ex publico,* de ter executado, em se tratando de ato, serviço, obra, descobrimento ou criação, que se precise provar.

b) A do promitente, se alega não bastar. Quer se trate de insuficiência qualitativa, quer de insuficiência quantitativa.

§ 3.631. Pluralidade subjetiva e recompensa

1.PLURALIDADE DE ExECUTORES. Devido à *publicidade* da promessa de recompensa publicidade suscetível de ser estendida por informações, notícias de jornal, de revistas e de livros, como acontece aos prêmios Nobel é possível (e sói acontecer > que mais de uma pessoa exercite a ação a que se promete recompensa. Tal execução é separada, independente uma da outra, ao contrário do que sucederia na coexecução premiável. Já dissemos que somente daquela cogitou o Código Civil, Quanto à outra, nisso está uma das suas lacunas, o que não ocorreu ao Código Civil alemão, § 660.

Por enquanto, somente da primeira nos incumbe tratar.

2.PRIORIDADE E SIMULTANEIDADE DA PRÁTICA RECOMPENSÁVEL. Duas são as classes de atos executivos da ação a respeito da qual se faz promessa: a) a dos atos temporalmente separados; *b)* a dos atos simultâneos.

Ordinariamente toda a questão se reduz à de indagar-se da prioridade de execução.

Nos *Motive* (II, 523) do Código Civil alemão falava-se de *vollbracht,* e não de *vorgeno-mmen,* isto é, de *executado,* em vez.de *apresentado.* Mas, bem que haja distinção, tem-se interpretado como inoperante tal troca de palavras (KARL KOBn, *J. v. Staudingers Kommentar,* II, Parte II, 1253).

Incide o *principio de prioridade,* quer haja, quer não haja prazo para a execução. Quer dizer: o art. 1.515 do Código Civil 4 aplicável às promessas com prazo e às promessas sem prazo, a que alude o art. 1.514. Se já o primeiro que executara caíra fora do prazo, nenhum

tem direito à recompensa.

3. DADOS DO PROBLEMA. Isso posto, assentemos por nossa conta alguns pontos.

Primeiro, o fato da *multiplicidade de execução.* Exemplo:

prometo um milhão de cruzeiros a quem descobrir o remédio para a doença *a.* Pode acontecer: *a)* que muitos descubram o mesmo remédio que chamaremos *x; b)* que muitos descubram diferentes remédios, Z, 2/, *z,* todos eficazes; *c)* que um descubra o remédio x, mas que o considere de eficácia duvidosa em determinados casos, e outrem complete a invenção, tornando-o mais eficaz; *d)* que muitos descubram, em *colaboração,* voluntária ou não .

As questões são distintas, e não devem ser confundidas. No caso *a),* a lei quase não precisa ser interpretada: quem descobriu primeiro? A. Cabe a A o prêmio. ~ Se todos descobriram ao mesmo tempo? Divide-se por todos a quantia (um milhão de cruzeiros). Mas ,~se a recompensa não fosse dinheiro, e sim uma casa (indivisivel)? Ter-se-ia de proceder ao sorteio. ~ E se fosse dinheiro, mas houvesse o promitente previsto a multiplicidade de executores e desejasse que a um só se conferisse a recompensa? A solução é a mesma: decide a sorte. Mas ~se o prêmio for título de descobridor? Nem o Código Civil alemão nem o brasileiro previram isso. A solução é difícil. Repugna aos interesses morais critério lotérico, o sorteio. Pode-se, todavia: sortear a posse *efetiva,* material, do título, e conferi-la a *todos;* enfim, a um, por sorteio, mas com expressa declaração de que houve simultaneidade. A primeira solução é a melhor.

No caso *b),* há multiplicidade de executores e de ação (todas são diferentes, ao passo que, no caso *a),* são muitas porém idênticas). Se todas satisfazem, dá-se a identidade perante a intenção do promitente. *Toilitur quaestio.*

No caso e), as dificuldades crescem: o que descobriu não completou o descobrimento; o remédio mais eficaz é o que completa, salvo se Esse aumento de eficácia é insignificante: mais 3%, por exemplo. Voltaremos à análise.

No caso *d),* dá-se a colaboração no sentido do § 660 do Código Civil alemão.

Já dissemos que foi omisso o Código Civil quanto *à* pluralidade de executantes da *mesma ação.* Os casos são, realmente, assaz distintos

daqueles de que cogita o art. 1.515 do Código Civil.

Melhor mostrarão os esquemas:

Código Civil brasileiro, are. 1.515

Código Civil alemão , *§* 659

Código Civil brasileiro (?)

Código Civil alemão . *§* 669

As duas figuras são inconfundíveis:

a) Na primeira, pluralidade objetiva (da ação recompensável) e pluralidade subjetiva (de executores), podendo ser divisível, ou não, a recompensa. No último caso, quer o tenha disposto o promitente, quer resulte da natureza da recompensa (indivisibilidade final ou intrínseca do objeto), recorre-se ao sorteio.

b) Na segunda, unidade de execução da ação recompensável (colaboração) e pluralidade de sujeitos executantes, podendo dar-se a divisibilidade ou a indivisibilidade do próprio objeto da recompensa.

Pena é que se verifique a lacuna da lei civil brasileira. Tudo, que teremos de dizer, nos parágrafos que se vão seguir, constitui interpretação que a supre.

A colaboração pode dar-se nas próprias informações *policiais,* por exemplo, em que um adianta um passo, outro, os demais. Donde se conclui que o dado de coexecução pode apresentar os mais complicados caracteres. Pense-se, por exemplo. nas ações em que elas, em si, não são recompensáveis mas sim recompensável o resultado (A. ELSTER, Die Lehre von der Auslobung, *Archiv fUr Biirgcrliches Recht,* 28, 124 s.).

O princípio que domina os casos de unidade de execução e pluralidade de executantes é o *principio da divisão* (Teilungsprinzip). Tem que ser equidosa tal atribuição de quota dos participantes.

Somente em sendo impossível ou por disposição do promitente, ou

pela natureza da recompensa a divisão, é que se pode recorrer à loteria ou sorteio. Enfim, ao jogo, que, então, tem de ser o de puro azar.

A simultaneidade não constitui figura única. Certo, ser simultâneo supõe ser ao mesmo tempo: essa coincidência no tempo tempo praticamente absoluto é que determina a execução simultânea. Mas não é de simultaneidade, e sim de colaboração, que se cogita no caso de unidade de execução e pluralidade de executantes.

Se se examinarem os esquemas, vêem-se as diferenças: no segundo, não se cogita de *coincidência* no tempo, mas de *colação* , justaposta, ou não, no tempo.

Assim:

a~ A colaboração pode ser simultânea, ou não: não se cogita de distinção entre tais casos, desde que não há pluralidade de ações recompensáveis .

h) Pode bem suceder que entre o ato de A e o ato colaborativo de B exista grande lapso de tempo. Nem por isso se exclui dos pretendentes o sujeito E. Não se daria o mesmo se se tratasse de pluralidade de sujeitos e pluralidade de ações recompensáveis: a prioridade de A dar-lhe-ia ganho de causa.

Por onde se vê quão diferente da espécie do art. 1.515 do Código Civil brasileiro é a do § 660 do Código Civil alemão. Quão importante, para a doutrina brasileira, preencher-se a lacuna do Código Civil.

§ 3.632. Pluralidade de legitimados à recompensa e direito positivo

1.TEXTO, ELABORAÇÃO E FONTES DO ART. 1.515 DO CÓDigo *Cívil.*

Diz o Código Civil, art. 1.515:

“Se o ato contemplado na promessa for praticado por mais de um indivíduo, terá direito *à* recompensa o que primeiro o executou”. TEIXEIRA DE FREITAS só se preocupara com os concursos. É do Projeto de CLÓvIS BEVILÁQUA que provém a regra jurídica; emendou-a o Revisto. Cf. Projeto primitivo, art. 1.636:

“Se a ação pela. qual a recompensa é prometida for praticada por diversas pessoas, tem direito preferente aquele que primeiro a executar. Se a execução tiver sido simultânea, cada uma terá direito a uma parte igual na recompensa. Se esta não for divisível, recorrer-se-á então à sorte”; Projeto revisto, art. 1.809: “Se o ato para que se fêz a

promessa for praticado por diversos, prefere aquele que primeiro o executou. Se a execução tiver sido simultânea, cada um terá direito a parte igual na recompensa. Se esta não for divisível, recorrer-se-á à sorte". Foram, pois, breves e somente de forma as alterações.

No Senado Federal, Rui BARROSA propôs a seguinte redação (art. 1.517) : "Se o ato contemplado na promessa for praticado por mais de um indivíduo, terá direito à recompensa o que primeiro o executou". §

1.0: "Sendo simultânea a execução, a cada um tocará quinhão igual na recompensa". § 29:

"Se esta não for divisível, conferir-se-á por sorteio". Foi a forma que prevaleceu até final.

Passemos às fontes do art. 1.515, isto é, ao art. 1.636 do Projeto primitivo, que corresponde ao art. 1.809 do Revisto.

Evidentemente, o art. 1.515 do Código Civil brasileiro proveio do § 583 do 1 Projeto alemão: "Praticada a ação por muitos, tem pretensão *(An&prnch)* à recompensa aquele que primeiro a executou. Em caso de execução ao mesmo tempo, todos, quanto à recompensa, são autorizados por partes iguais ou quotas.

Excluída uma tal atribuição de direitos *(Berechtigung)* pela natureza da recompensa, se implica a promessa de recompensa que somente um deva receber o prêmio *(Belohnung),* decide, entre todos, o sorteio~".

Nota-se a diferença entre o 1 Projeto alemão e o Projeto primitivo brasileiro: aquele falava de natureza, qualidade *(Bcschaffenhcit)* da recompensa; e Esse alude a "se não for divisível".

Mas falta ao Código Civil todo o § 660 do Código Civil alemão, assunto de que adiante trataremos.

Lê-se no Código Civil alemão, § 659: "Executada por muitos a ação para a qual se instituiu a recompensa, a recompensa pertence àquele que primeiro a executou. Executada por muitos simultaneamente , pertence a cada um igual parte da recompensa. Se a recompensa não permite dividir-se ou se deve, segundo o conteúdo da promessa de recompensa, pertencer a um só a recompensa, então (só) decide o sorteio".

Até aqui verificamos que o Código Civil só cogitou da indivisibilidade; esqueceu-lhe o conteúdo da promessa de recompensa. O alemão diz bem: "ou se deve, segundo o conteúdo da promessa de recompensa,

pertencer a um só".

Não foi no Código Civil alemão, nem no II Projeto, que se inspirou o Código Civil. Na verdade, desconheceu o Projeto primitivo tudo o que se discutiu na Alemanha, depois de 1888.

2.PLURALIDADE DE LEGITIMADOS SE O PRÊMIO É INDIVISÍVEL E À NATUREZA DELE

REPUGNA O SORTEIO. No art. 1.515 <promessa de recompensa), algumas questões se levantam. Por exemplo, se o prêmio for *titulo de descobridor.* À natureza dele repugna o sorteio: os interesses morais não devem ser submetidos a tais processos lotéricos. Há algumas soluções possíveis: *e. g.,* sortear a *posse* do título e conferi-lo a *todos;* conferir a um, por sorteio, mas com expressa declaração de que houve simultaneidade. Passemos à segunda questão. ~.Qual a espécie de sorteio e como se deve proceder a ele? Nem o Código Civil brasileiro nem o Código Civil alemão cogitam disso. Qualquer sorteio, será bom, desde que: a) seja assegurada a mesma probabilidade a todos os autorizados ao sorteio *(Laos)* ; *b)* haja fiscalização por parte de todos, pessoalmente ou por procurador. O art. 1.515, § 2.0, trata da indivisibilidade da recompensa, porém não cogita do caso de cláusula expressa ou tácita da própria promessa (cf. 1 Projeto alemão, § 583).

Quanto ao prêmio indivisível , a cuja natureza repugna o sorteio, a melhor solução é inserir-se no título o nome de todos os contemplados *(e. g.,* todos os descobridores), tirando-se cártulas para cada um, ou fazerem-se tantos títulos quantos os contemplados, embora se aluda à pluralidade de legitimados.

2.DIVISIBILIDADE E INDIVISIBILIDADE. A lei alude à *divisibilidade* da recompensa. Se divisível, parte-se em quantidades iguais. Se indivisível, recorre-se ao sorteio. Dá-se um caso de *obrigação subjetivaalternativa,* oriunda da lei (cf. KARL ROBER, *1. von Staudingers kommentar,* II, *2,* 1253).

Sorteado um, os outros não têm nenhuma ação ou pretensão contra o promitente.

A solução lotérica, no caso do art. 1.515, deriva da natureza das coisas, diz II. DERNEURO *(Das Buir.qerliche Recht,* II, 586) ; não haveria, talvez, outro meio.

Seria erro crer-se que a indivisibilidade, de que se trata, seja só a que deriva da noção de coisas *divisíveis* e *indivisíveis* . Divisibilidade e indivisibilidade, no caso do ad. 1.515, não são apenas as que derivam do objeto, mas também as que têm origem subjetiva. Daí dizer-se que se há de recorrer ao sorteio se objetiva ou se subjetivamente indivisível a recompensa (CARL CROME, *~System,* II, 760, nota 33).

Se injusta for a divisão, pode qualquer executante atacar, judicialmente, a execução. CARL CROME

<System, II, 761) dá o exemplo do promitente que deixa muitos herdeiros e Esses não acordam no modo de dividir a recompensa.

A necessidade da divisão resulta, às vezes, da morte do executante, sendo mais de um os herdeiros e não tendo sido entregue a recompensa. As figuras, que antes eram a da pluralidade de sujeitos e a da pluralidade de executantes, transformam-se na de unidade de ato recompensável e unidade de legitimado (com o julgamento) e, depois, com a morte do premiado, em unidade de ação recompensável (aliás, recompensada) e pluralidade de sujeitos (herdeiros do premiado).

4. SORTEIO. Quanto ao sorteio, *de iure condendo,* não é a melhor solução, em certas circunstâncias.

Todavia, não pode ser proposta a ação pelo que não foi sorteado, para que, se inverteu valor no ato recompensável, seja indenizado, mesmo se não importou em muito. Só regra jurídica escrita lhe poderia dar essa ação. Ou cláusula da própria promessa de recompensa.

Nem o Código Civil brasileiro nem o alemão tratam da espécie e modo de se proceder ao sorteio. Ou o promitente o previu, e *toilitur quaestio.* Ou não previu e devemos resolvê-lo. É fácil responder: Qualquer espécie de sorteio ou loteria, desde que: a) se assegure a todos a mesma probabilidade, o que constitui assunto de mero exame matemático do jogo empregado; *b)* haja fiscalização por parte de todos, pessoalmente, ou por procurador (L. RUHLENBECK, *Das biirgerliche Gesetzbuch,* 1, 538), afastada, assim, qualquer clandestinidade; *e)* exista seriedade, porque, no caso contrário, perde o caráter de ato jurídico.

Qualquer dos interessados pode impugná-lo judicialmente.

5. MODO DE SORTEIO. Se o promitente não declarou o modo de sorteio, já a questão se torna mais difícil.

Atende-se, em todo o caso, ao que estatui o Código Civil, art. 1.480:

"O sorteio, para dirimir questões, ou dividir coisas comuns, considerar-se-á sistema de partilha, ou processo de transação, conforme o caso".

Ambas as figuras podem ocorrer na promessa de recompensa. Muitos executantes, divisível em partes *desiguais* a coisa:

ter-se-á de recorrer ao sorteio, porque a uns terá de ficar parte maior que a outros. Sistema de partilha. Muitos executantes e indivisível a coisa. Sorteio: execução de obrigações subjetivo-alternativas. A transação só se dá quando adotado pelos executantes (e não, principalmente, pelo promitente) o sorteio.

6. QUEM PROCEDE AO SORTEIO. Autorizado a decidir dividir, ou, em sendo o caso, proceder ao sorteio *é* o promitente, salvo se outra coisa se dispôs na promessa de recompensa. Mas isso não constitui, somente, um *direito* dele; é também *dever* (KARL KOBER, *J. von Staudingers Kommentar,* II, Parte II, 1254; *Protokolle,* II, 849).

Sobre a natureza das funções, que então lhe cabem, disseram expressamente os *Protokolle* do Código Civil alemão tratar-se de atribuXçóes de *juiz de prémio (Preisrichter),* e não de *devedor (li,* 349). É como um terceiro, dizem os *Protokolltv* e RARL KOBn alude à semelhança com o caso do § 319 do Código Civil alemão: terceiro a que se deixou a determinação do que se vai prestar. Por isso mesmo, se procede irregularmente, ou está em atraso, ou não pode executar a determinação dos §§ 318, 319, ou, portanto, do §

660 do Código Civil alemão, tem-se de levar a juizo.

Não há arbítrio completo, a *Willkiir,* o *Ermessen,* que só *obedece à equidade.* Com os princípios de boa fé tem de conformar-se a decisão, ou será *injusta* e, pois, atacável.

1. Posição DO PROBLEMA. A lacuna principal do Código Civil seria a de não haver, nele, regra jurídica que corresponda *à* do § 660 do Código Civil alemão.

Diz o Código Civil alemão, § 660, □

□a alíneas: "Colaborando muitos no resultado

(Erfolge), para o qual

se instituiu a recompensa, o promitente tem de partilhar, equidosamente (nach belligem Ermessen), entre eles, a recompensa em consideração à parte que cada um teve no resultado. Se por um dos interessados for considerada não obrigatória a partilha feita pelo promitente, tem o promitente o direito de se recusar ao pagamento, até que os parciários decidam entre si a questão Sobre a sua situação jurídica *(Berechtigung) ;* cada um deles pode pedir que a recompensa seja consignada para todos. Aplica-se a disposição do § 659, alínea 2, inciso 2".

A alínea 2, inciso 2, do § 659, é a que diz: "Se a recompensa, pela sua natureza, não se pode partilhar, ou, segundo o conteúdo da promessa, se deve pertencer a um só, decide a sorte".

Cumpre atender-se a que ao 1 Projeto alemão não era estranha a execução por muitos, em colaboração, de uma só ação premiável . Lá está no § 588: "Im Faíle des gleichzeitigen VolIbringens sind die Mehreren in Anzehung der Belohnung zu *gleiehen 2*"*heilen* oder *Antheilen* berechtigt". *Teu* e *Anteil* não são a mesma coisa. Como sói acontecer (e quantas vezes aconteceu! > o responsável da lacuna do Código Civil foi a má tradução de RAOUL DE LA GRASSERIE, de que usaram os legisladores brasileiros. Ao traduzir o trecho que acabamos de citar, cortou a expressão *Anteil.* Vejamos: "En cas d"accomplissement simultané, toutes les personnes sont fondées à la recompense par *portiorte égales (?) ;* si une telle distribution n"est pas possible en raison dela nature de la récompense ou si, d"aprês les offres O sempre os malditos *les of fres!),* un seul doit la recevoir, c"est le sort qui décide entre les avants-droits".

Parte igual, dirá o Projeto primitivo, art. 1.636. *Parte igual,* insistirá o Projeto revisto, art. 1.809. RUI BARROSA que só se importou com a língua e nem sequer abria um Código para examinar as correlações, menos ainda um tratado para conferir a doutrina, pôs *quinhão igual* em vez de *parte igual.* E deu-se por satisfeito. A discussão do Código Civil foi mais uma era de vaidade, de exibicionismo literário (o que não impediu tantas cacografias do Código), do que de técnica legislativa.

Como se supre a lacuna do Código Civil?

2.SOLUÇÃO DO PROBLEMA EM GERAL. Preliminarmente, cumpre saber o que se dissera Sobre o art.

1.515. Somente CLóvís BEvILÁQUA <*Código Civil comentado,* V. 276)

tratou dele e eis quanto escreveu:

“Aquele que pratica o ato, para o qual se promete uma recompensa, tem o direito de exigir a prestação desta.

Se, porém, dois ou mais se apresentarem nas mesmas condições, <como solver as dificuldades? Atende o Código Civil, em primeiro lugar, à *prioridade na execução do ato.* Essa solução confirma a teoria desta figura jurídica, pondo, mais uma vez, em relevo que a sua formação independe da conjunção das vontades.

Se esta fosse necessária, o preferido haveria de ser o que primeiro comunicasse a execução ao promitente.

Confirma, também, esta solução que a consideração das pessoas não entra em linha de conta, se não se acha expressa no anúncio. É o ato executado que funda o direito do credor. Se há simultaneidade na execução, a cada um dos executantes cabe quinhão igual na recompensa, porque não há motivo de preferência. O debate para a prova da prioridade ou da simultaneidade se estabelece entre os interessados. O promitente desobriga-se pondo a recompensa à disposição de quem a ela tiver direito. Se, no caso de simultaneidade, não for divisível a recompensa, decidirá a sorte a quem deve esta caber. O excluido não tem direito a indenização.

Se o tivesse, o promitente seria obrigado a mais do que prometera. E, se Esse que executou o ato, completamente, não pode reclamar indenização, muito menos o poderá aquele que, por ter sido retirada a promessa de recompensa, não chegou a completá-la”.“

No caso de um descobrir e outro aperfeiçoar, cumpre que se resolva com equidade: se A descobriu o remédio eficaz em 30% e B, imediatamente depois, em 70%, pertencerá a B se o fêz *independentemente* das pesquisas de A, e será dividida a recompensa proporcional , por exemplo, à eficácia nos outros casos. Não se dará o mesmo se as percentagens forem diferentíssimas, ainda que E continuasse investigações de A: 90% para C; 3% ou, digamos ainda, 6% para A. Salvo, ainda se admita, quando nos trabalhos de A estejam virtualmente contidos os dados da solução de B. Não são inoportunas as considerações de mera aplicação e de atividade criadora.

§ 3.634. Legitimação ativa e apreciação dela

1.QUEM APRECIA A LEGITIMAÇÃO ATIVA. O julgamento *é* regido

pela própria promessa de recompensa. Não é preciso, se depende do fato mesmo da apresentação: o legitimado apresenta-se, o promitente entrega, ou não, a recompensa. Se indevidamente a recusa, ou se indevidamente a dá a outrem, é ao juiz que compete examinar a situação jurídica, que se lhe descreva *em ação competente.*

Se o promitente não julgou, não pode ou não quer julgar, tem de ser judicial a decisão (Código Civil alemão,

§§ 660 e 319). Como provocá-la? No direito brasileiro, por simples petição, ou em ação cominatória, ou em simples interpelação e, depois, a ação, conforme a espécie.

2.MORTE DO PROMITENTE. No caso de morte, que já figuramos, e de incapacidade do promitente, passam aos herdeiros ou ao representante legal, o exercício do *direito* e o exercício do *dever* de decidir.

A obrigação do promitente transmite-se aos seus herdeiros, que, salvo o caso de prazo extinto, ou de irrevogabilidade derivada do teor da promessa, ou de consignação do prêmio a terceiro com transmissão da propriedade *(e. g.,* fundação, doação, sociedade), podem revogar a promessa como se fosse o promitente, isto é, de acordo com o art. 1.514.

Se o promitente deixara a si certas apreciações *e. g.,* a partilha, no caso de colaboração na execução, a presidência do sorteio no caso do Código Civil, art. 1.515 transmitem-se aos herdeiros, salvo disposição testamentária. Aliás, no testamento, ou em qualquer ato seu, pode o promitente firmar a irrevogabilidade de promessa, considerada, antes, revogável.

§ 3.635. Ações dos legitimados ativos

1.AçÃo PARA SE APRECIAR A LEGITIMAÇÃO ATIVA. Todos os pretendentes têm ação para que se proceda ao julgamento.

Podem, em juízo, pedi-lo. Com o mesmo fundamento, os herdeiros deles. ~A decisão constitui declaração unilateral dependente de recepção *<cinzeitige ernpfangsbediirftige ErkUi.rung)* pertinente a um dos parciários ? Sim, diziam PAUL OERTMANN, KARL KOBER e os demais comentadores. Sem razão. A ação é constitutiva positiva, se ao

juiz, de início, ou supletivamente, cabe proferir a decisão sorteante. Seria mandamental, com forte elemento declarativo, se por ela o juiz ou tribunal mandasse que se procedesse ao julgamento.

Se a decisão judicial diz, terminantemente, quem é o recompensado, ou quais o são e em quanto, tem-se de responder, antes, se o objeto foi entregue a juízo, ou se está com o promitente. No primeiro caso, há declaração, mas a força da decisão é executiva. No segundo, ou há só declaração, ou condenação, com carga de declaratividade imediata ou mediata.

A prova da promessa incumbe ao que reclama a recompensa (A. ELSTER, fie tehre von der Auslobung, *Archiv fiJi‟ Ritrgerliches Recht,* 25, 1; OT‟ro WARNEYER, *KommenVir,* 1, 1079). A prova da recompensa cabe ao promitente (FR. LEONHARD, *fie Be<weislà.st,* 398). A prova do julgamento cabe àquele a quem coube proferi-lo. A prova dos *viMos* da promessa, ao que os alega.

2.AçÃo CONTRA A DECISÃO PELO PROMITENTE OU POR OUTRA PESSOA. Na ação contra a decisão pelo promitente, ou outrem, há litisconsórcio passivo dEsse com quem se acoima de injustamente beneficiado. Afastamo-nos, aqui, de jurisprudência alemã, que acolhêramos em *Da Promessa de Recom pensa* (242). O julgamento favorável que examina a validade da divisão é constitutivo (W. KISCH, *Reitrãge na Urteilslehre,* 137).

A *obrigação* do promitente só se cria com a prática do ato recompensável. Foi o que sempre sustentamos, distinguindo, com precisão, a *vincularidade* e a *obrigatoriedade.* No mesmo sentido, agora, MICHELE

GIORGIANNI *(L‟Obbligazione,* 45), que aliás ainda só se refere à ação, em vez de se referir à pretensão.

O que é certo, porém, é que ou sejam muitos, ou seja um só a pretensão surge ao executante independentemente de declaração, ou comunicação, ou apresentação ao promitente (CARL CROME, *System,* II, 760).

Isso põe em evidência a teoria a que nos levou, a propósito dos títulos ao portador e da promessa de recompensa , a análise das relações.

Consideram-se, em caso de dúvida, *ao mesmo tempo executados* os atos que, postos no mesmo dia (ou hora) no Correio os bilhetes ou as

cartas, ou expedidos os telegramas, chegaram *no mesmo dia* ao promitente, ou em dias diferentes, se na promessa expressamente se declarou que os bilhetes, as cartas ou os telegramas só seriam abertos em determinado dia. Aliás, é suscetível de interpretação o anúncio ou ato de promessa.

Pode ser incluída na promessa de recompensa a cláusula de ser comunicada até tal dia a intenção de apresentar-se. Tal cláusula não bilateraliza a promessa de recompensa, apenas a faz dirigida a menor círculo depois de expirado o prazo da comunicação.

3.AçÃo PARA HAVER A RECOMPENSA. A ação para haver a recompensa nasce da simples excução do ato recompensável. Nada mais é preciso do que praticar o ato, para que nasça a ação do *unus ex publico,* mas, se são *muitos,* a ação supõe que só se consiga a verificação de prioridade, ou, se simultaneamente executados os atos, a divisão, ou, se indivisível a recompensa, o sorteio.

CONCEITO E NATUREZA DOS CONCURSOS

§ 3.6:36. O que é concurso

1.PRELIMINARES. Concurso, no sentido de prova, quase sempre, mas nem sempre, pública, entre pretendentes, para obtenção de emprego , cargo, prêmio ou remuneração, não constitui figura jurídica especial. A sua morfologia é complexíssima ALLOZ *(Ré pertoire méthodique et alphabétique de législa,tion, doctrine et jurisprudence,* 11, 100) apenas dizia: "Se dit d‟épreuves ordinairement publiques entre plusieurs prétendents, à l‟effet d‟obtenir une place ou emplol, ou d‟être chargé de l‟éxécution d‟un travail artistique". Concurso, mais concisamente escrevera PEREIRA E SOUSÁ *(Esbóço de um dicionário juridico,* páginas não numeradas, *verbo* Concurso) "é a oposição de pessoas, que pretendem ter direito à mesma coisa". O sentido, ai, é mais geral. O sentido da definição de DALLOZ bem mais estrito.

No próprio sentido estrito, que é o de que aqui cogitamos, ora o "concurso" concerne à prestação de fazer e reveste as feições normais da locação de serviços; ora à de dar *(e. g.,* Código Civil, art. 1.517), e imita a compra-e-venda; ora lembra, precisamente, a empreitada; ora a corretagem, a apreciação. Não é de concurso em sentido tão amplo que tratam os arts. 1.516 e 1.517 do Código Civil. Reportam-se eles ao *concurso com promessa publica,* de jeito que a promessa de recompensa feita ao público seria o gênero e o concurso, a espécie .

A crisálida, em nosso direito, está em institutos singulares, e não em instituto análogo ou idêntico, de que surgisse. No direitO, como em tudo, há misto de eternidade e de passageiro. Imortal é a força imanente; mortais os seres , dados, espécies, em que a matéria se forma e a força se exercita. Errou, pois, CARLOS DE

CARVALHO, o reconsolidador brasileiro, quando foi recorrer, desesperadamente, ao § 22 do Titulo 59 das Ordenações Filipinas, no Livro III, e aos arts. 735 e 737 do Código Comercial, para afirmar que as declarações unilaterais de vontade operam efeito irrevogável a favor de quem não for figurante no ato, "se contiverem promessa de remuneração por serviço a prestar, uma vez que for efetivamente prestado".

2.NATUREZA DO CONCURSO. O concurso não pode ser confundido com a promessa de recompensa.

Nem qualquer dos dois com a aposta. O concurso supõe grupo de concorrentes interessados na mais perfeita (melhor mais justa, mais exata, mais presta) *seleção.* Não é elemento necessário a recompensa concreta, nem, sequer, imediato interesse do concorrente (cf. ALBERT WITTHAUER, *Auslobunq und Wette,* 20).

Mais se promete selecionar do que recompensar. ~ *promessa ao público,* às vezes assaz restrita, outras vezes amplissíma. e o elemento especial presidiu à concepção das regras jurídicas concernentes a ele.

De modo que não se trata de executar ação *concreta* de que procede o resultado *concreto* e, pois, a pretensão à classificação; convocam-se as pessoas, e apenas se diz em que devem consistir as ações e qual há de ser o critério para .as distinguir e classificar.

Nas promessas de recompensa, há a ação a que se deseja premiar, e os indivíduos componentes do grupo B, um dos quais 13 ou B‟ ou E" fará o que se pretende e ganhará o prêmio. Só incidentemente, quando E e E" chegarem ao mesmo resultado. é que intervém a escolha, aliás rudimentaríssima e até dispensadora de artigos especiais de lei. Se anterior uma a outra, *naturacente* ganho a primeira (art. 1.515, pr.).

Se simultânea a execução e divisível a recompensa, *naturalmente* ambos os executantes. Se houve simultaneidade do ato e indivisibilidade do prêmio, *naturalmente* a quem designe qualquer expediente artificial *(e.* g., sorteio, idade do concorrente). A lei brasileira escolheu o sorteio, mas o promitente pode dispor diferentemente.

No concurso; não é *acidente* a luta: a concorrência quase absorve os demais caracteres do instituto jurídico. A ação não é a, e sim a ação x do tipo *a,* e os indivíduos E, E‟, E", praticarão as ações *ah, ab*‟ e *ali*‟ que pretendem ser do tipo *a* e dentre as quais está a ação a‟, que se premiará. Está claro que entre os dois mecanismos há diferenças ressaltantes que são dadas pelas próprias finalidades.

O Código Civil incluiu no capítulo Sobre promessa de recompensa os concursos públicos. Ainda quando tenha por fito a estipulação de contratos de trabalho, ou a aquisição de obras de arte, de modo que apenas sirva à compra, ou à encomenda de quadros, livros, estátuas, máquinas, ou outros objetos, por meio de estipulações públicas, o concurso não foge à categoria das promessas ao público. Exige a sua natureza específica que em parte se submeta a regras jurídicas especiais. Isso se dá quanto a outras espécies de promessas ao público que não foram particularmente previstas na lei. Os textos de lei

deviam ser feitos de modo que fosse a mesma solução que científica e metódica-mente teria de ser adotada, ainda quando não existissem eles. Assim se explica a subordinação de outros espécimes de promessa ao público a normas que

.nos são apontadas pelas próprias relações jurídicas. A observação e, depois, a indução levam-nos a tal grau de certeza e de segurança. A lei pode edictar o que, indutivamente, sem ela, não incidiria; mas, então, a lei é má; é produto despótico, perturbador, que, em vez de servir, desserve ú ordem social.

~. FINALIDADE IX) CONCURSO. Na promessa de recompensa, tem-se por fito a prática de determinada ação. Não se dá o mesmo nos concursos. Quer-se, entre as ações particulares de muitos (dois ou mais), a que consiga ou a que melhor obtenha determinado fato ou resultado. Não se trata, pois. do resultado em si: é *condicio iurts* o pleito. Por outro lado, às diferentes soluções, que são possíveis, é segundo critérios de apreciação quantitativa ou qualificativa (inclusive mera prática do ato) que se chega.

Os concursos mais freqUentes são os seguintes:

(1) Concursos públicos do Estado, para *a)* provimento de cargos administrativos e judiciários, ou *b)* como particular.

(II) Concursos públicos das pessoas de direito privado, em *a)* torneios literários, científicos, artísticos, esportivos e outras funções; em *b)* diversões, como corridas de cavalo e brigas de galo (o prêmio, concedido ao *animal,* entende-se, juridicamente, ao dono, ou se há entre Esse e outrem contrato especial, ao autorizado a concorrer).

(III) Concursos de direito interno sem inscrição: a) do Estado, entre pessoas que automaticamente se inscrevem *(e. g.,* os funcionários de uma entrância concorrem, por lei, à promoção para a outra) ; *b)* de pessoas de direito público ou privado, quando instaurados entre reduzido número, como prêmio de quota, ou para atender ao pedido de determinada pessoa. A promessa referente a concurso é irrevogável, salvo cláusula expressa, que ressalve a possibilidade de ser retirada a promessa (WILHELM BECRER, *Die Auslobunq narh dem BGR.,* 55) dentro de certo prazo.

4. ORIGENS NO DIREITO MODERNO. E no direito comum alemão que encontramos, caracterizada, a espécie de promessa ao público, a que chamamos *concurso:* promessa pública ou a certo círculo de pessoas

para a prestação de obra digna de prêmio ou de classificação (técnica artística, literária). Imprecisos pareciam os limites entre ela e a promessa de recompensa em geral (F. REGEL5BERGER, *Civilrech tlichc Erórterunqen,* 1, 225). Já era indispensável que houvesse o prazo, no qual se efetuasse o concurso (WILHELM BECKER, *Die Auslobunq nacli dem BaR.,*. 54). O julgamento obrigava, como hoje, os interessados (H. DERNBURG, *Preussisches Privatrecht,* J~, 4.~ ed., 26; W.BORNEMANN, *Systematischç Darstellnnq, JJJ,* 2Y ed., 349. No caso de igualdade entre os trabalhos, duvidoso era o modo de decidir. A regra jurídica do art. 1.517 do Código Civil brasileiro é o direito de outrora quanto à propriedade da obra. No Preussisches Alígemeines Landrecht (§ 989), nos Projetos prussiano (§ 680), bávaro (art. 758) e de Dresda (art. 682), exigia-se o prazo. O primeiro e o segundo dispunham Sobre a pessoa que devia julgar; nada diziam o Código da Saxônia e o Projeto de Dresda. O

projeto da Baviera (art. 160) e o da Héssia (art. 203) determinavam que se decidisse Sobre a bondade ou preferência da prestação peritos e, no caso de dúvida a maioria deles; seria deixada aos interessados a escolha e, na falta de acordo, ao juiz. Tinham ação para haver o prêmio os que dentro do prazo executassem o que era de mister (Projeto da Héssia, art 201; da Baviera, art. 758; e de Dresda, art. 684).

Se duas ou muitas obras eram iguais, decidia-se pela divisão (Projeto bávaro, art. 758) ou pelo sorteio (Projetos da Héssia, art. 202, e de Dresda, art. 684). A propriedade pertencia ao autor, e não se transferia, salvo se constava da promessa ou se resultara do próprio fim da declaração (Preussisches Alígemeines Landrecht, § 995; Projeto prussiano, § 686; Projeto da Héssia, art. 204; Projeto de Dresda, art. 685; 1 Projeto alemão, § 761).

No Código Civil alemão é de mister a determinação do prazo, sem o qual, realmente, não se poderia saber qual a melhor obra *(Motive,* II, 523 s.). A continuidade do tempo tornaria impossível a verificação. Se não há prazo, não tem nenhum efeito a promessa de recompensa a que se dá o número especial de concurso (WILHELM BECEER, *fie Auslobung nack dem BOR.,* 55). Salvo se se impôs fixação posterior.

De ordinário, a fixação do prazo faz-se na própria declaração; mas nada impede que se faça depois, complementar-mente (II. DERNBURG, *Das B-iirgerliche Recht,* 11,2, ,La ed., 588). Pois que necessariamente tem prazo, é irrevogável a promessa de concurso, salvo reserva expressa.

Segundo o § 661 do Código Civil alemão, somente é válida a promessa que tem por objeto concurso, se *na publicação* se determina o prazo para a concorrência. A decisão Sobre se deve receber o prêmio o concorrente que se apresentou dentro do prazo, ou quem; dentre muitos, é digno dele, cabe à pessoa designada na promessa e, na falta, ao que prometeu. Tal julgamento obriga os interessados. Aos concorrentes que têm igual mérito, aplica-se o estatuído no § 659, 2.~ alínea, isto é distribui-se o prêmio em partes iguais e, se não suscetível de divisão, é o sorteio que decide.

A transmissão da propriedade da obra somente se dá se *consta da publicação.* Segundo veremos, não seria acertado interpretar-se rigorosamente, como se fossem absolutas, as expressões postas em letra grifa.

No Código suíço das Obrigações, o art. 8 tratou, englobadamente, da promessa de recompensa e do concurso.

5.PROMESSA DE RECOMPENSA E CONCURSO. Se o *concurso* é *promessa de recompensa,* discutiu-se na doutrina.

J.E. KUNTZE <em R. vON HOLZSCHURER, *Th.eorie und Kasuistik des gerneinen Civilrechts,* ~ 33 cd., 300) considerou o concurso como subespécie. No Código Civil alemão, § 661. é o próprio texto que o diz *(verbis,* "promessa de recompensa que tem por objeto obtenção de prêmio em concurso", "eine Auslobung, die eine Preisbewerbung zum Gegenstande hat"). No Código Civil brasileiro, o art. 1.516 não é menos expressivo: "Nos concursos que se abrirem com promessa pública de recompensa".

Não há dúvida que, nos nossos dias, constituem tais pleitos a mais importante forma de aplicação da *Au.slobung* (CARL KIRCHNER, *Die Aitslobunq noúh dum BaR.,* 156) : ora a encontramos como expediente de animação e divertimento, ora ligada a fins educativos, ou de caridade, ora como processo de aperfeiçoamento e de esforço eugênico, ora simplesmente promovida como eficaz ou pretensa auxiliar de propaganda. Para exemplificarmos, não precisamos senão recordar os principais tipos da vida moderna: o concurso de dactilografia, de ginástica, de equitação, de natação ou de corridas, os de decifração e de armar (assaz vulgares nos jornais de crianças), os de beleza, de robustez (recém-nascidos), os de serviços públicos e de empregos em certas empresas e bancos, que escolhem entre os de melhores habilitações. Em todo o caso, cumpre não identificar os diferentes espécimes. Muitos entre si se distinguem e fora grave

desacerto aplicar a alguns as regras jurídicas concernentes a outros.

Insista-se na pergunta: ~ é o concurso, sempre, promessa de recompensa? Noutros termos : hà sempre

"recompensa", de modo que não há só a função selecionadora ou classificatória, há sempre a função de dar sem pedir, de galardoar? Tanto isso não exprime a verdade que o concurso pode não sei com (qualquer prêmio nu recompensa, a que esteja obrigado o promitente. É *O* que acontece com a promessa em que O

promitente mesmo concorre.

Por outro lado, o concurso, como a promessa de recompensa, pode não ser promessa unilateral, o que acontece, quase sempre, se não é promessa ao público.

~33327. Regras jurídicas do Código Civil, texto e fontes

1. Código CIVIL, ART. 1.516 E §§ 1.0, 2.0 E 30 Lê-se no art. 1.516 do Código Civil: "Nos concursos que se abrirem com promessa pública de recompensa, é condição essencial, para valerem, a fixação de um prazo, observadas também as disposições dos parágrafos seguintes". No § 1.0: "A decisão da pessoa nomeada, nos anúncios, como o juiz, obriga os interessados". No § 2?: "Em falta de pessoa designada para julgar o mérito dos trabalhos, que se apresentarem, entender-se-á que o promitente se reservou essa função". No § 3.0: "Se os trabalhos tiverem mérito igual, proceder-se-á de acordo com o artigo antecedente".

As regras jurídicas do art. 1.516 e §§ 1.0, 2.0 e 3~0 do Código Civil vêm do Projeto primitivo (art. 1.637) : "A fixação de um prazo é condição necessária para a validade da recompensa publicamente oferecida como prêmio de um concurso". § 1.0:

"A decisão da pessoa designada como juiz nos anúncios é obrigatória para os interessados". § 2.0: "Na falta de pessoa designada para julgar o mérito dos trabalhos apresentados, entende-se que o promitente reservou para si Esse direito". § 39: "Se os trabalhos tiverem mérito igual, proceder-se-á de acordo com o art. 1.636".

Não satisfaz a nova expressão. Nas fases posteriores fizeram-se pequeninos reparos, aqui e ali. Mas escapou a todos a má construção

da frase. onde CLóVIS BEVILÁQUA tirou o art. 13337 do Projeto. que corresponde ao art. 1.516 do Código Civil?

TEIXEIRÁ DE FREITAS, no *Esboço ,* já inseria algumas regras jurídicas: "Anunciando o concurso, seu autor não pode retratar-se, e fica obrigado ao prêmio ou recompensa prometida até que termine o prazo marcado. Não pode ser um dos concorrentes, se no programa não reservou expressamente esta faculdade" (art. 2.702). "Aberto o concurso, serão somente admitidos os concorrentes que se apresentarem nas condições do programa. Fechado o concurso, nenhum concorrente será admitido, ainda que se apresente nas condições do programa, O autor do concurso não pode, em prejuízo dos outros, admitir tais concorrentes" (art. 2.708). "Deferirá ou denegará o prêmio ou recompensa a pessoa ou comissão nomeada no programa para o julgamento; e ao que for decidido nada poderão opor os concorrentes. Quando o programa for omisso, o julgamento compete ao autor do concurso" (art. 2.704).

A Comissão revisora, em sessão de 19 de julho de 1900, resolveu redigir diferentemente a primeira parte do dispositivo <*Trabalhos, 1,* 264) : "A determinação de prazo é condição essencial para a validade da recompensa prometida como prêmio . Em vez de citar-se o artigo pelo número, preferiu-se a indicação

"antecedente" (1, 876). Na Câmara diligenciaram, em vão, dar ao texto a feição definitiva, estreme de imperfeições literárias. No Senado, em 1902, Ruí BARBOSA preferiu redigir *ex novo* as regras jurídicas (art.

1.518) : "Nos concursos que se abrirem com promessa pública de recompensa, é condição essencial, para valerem, a fixação de um prazo; observando-se, porém, além dêste os seguintes requisitos:

§ 1.~ A decisão da pessoa nomeada, nos anúncios, como juiz obriga os interessados. § 29 Em falta de pessoa designada para julgar o mérito dos trabalhos que se apresentarem, entender-se-á que o promitente se reservou esta função" *(Trabalhos da Comissão Especial do Senado,* 1, 483). E manteve, intacto, o § 3?.

Comentando o art. 1.516, disse Clóvis BEVILÁQUA *(Código Civil Comentado,* V, 277>, e foi todo o seu comentário: "O Código distingue entre a promessa de recompensa a um ato qualquer, ou a satisfação de condições pedidas por anúncio público, e o concurso, que, sendo uma variedade dessa espécie, oferece particularidades, que reclamam disciplina adequada. Os serviços, a que se refere o ad. 1.512, nem

sempre exigem qualidades técnicas especiais de quem os preste. Achar objetos perdidos, descobrir criminoso, por exemplo, são atos que, apenas, exigem arte, esforço e alguma argúcia. Aquele que se distinguir num exame, ou em um torneio, o que obtiver melhor nota de comportamento na sua classe, e outros, em situações semelhantes, fazem jus à recompensa prometida, mas não desenvolvem esforços somente para obtê-la, embora lhes seja ela estímulo valioso. Trabalham para outros fins, esforçam-se por outros motivos. Mas, quando se trata de obter trabalhos artísticos, literários ou científicos, que demandam concentração absorvente de espírito, dispêndio de tempo, gasto de dinheiro para a realização do produto pedido, o promitente não pode gozar da mesma liberdade de retirar, arbitrariamente , a sua promessa, quando esta, dirigindo-se a profissionais, afasta-os do seu trabalho ordinário,convidando-os a executar outro. Por isso o Código estabelece, como condição essencial, nos concursos, a fixação de prazo, o que implica, da parte do promitente, a renúncia do arbítrio de retirar, durante ele, a promessa. Outro preceito especial dos concursos é que os concorrentes aceitem a decisão da pessoa nomeada, nos anúncios, como julgadora do mérito dos trabalhos apresentados, ou, na falta desta, a do anunciante, desde que esta decisão se ajuste às condições fixadas no anuncio. Tais condições são obrigatórias para ambas as partes, para os concorrentes e para o promitente".

Há muitas questões que teremos de enfrentar.

2. CóDIgo CIVIL, ART. 1.517. Diz o art. 1.517 do Código Civil: "As obras premiadas, nos concursos de que trata o artigo anterior, só ficarão pertencendo ao promitente, se tal cláusula estipular na publicação da promessa

Já o Projeto primitivo estatuía (art. 1.638) : "A propriedade da obra feita para o concurso de que trata o artigo antecedente só pertencerá ao promitente se na publicação da promessa tiver estabelecido esta cláusula". A Comissão revisora melhorou a forma *(Trabalhos,* 1, 564) : ". . . tiver sido estipulada esta cláusula". A Câmara pontuou melhor o artigo, que a bem dizer não fora pontuado.

CAPITULO II

PRESSUPOSTOS DO CONCURSO

§ 3.638. Elementos da construção jurídica

1.PRESSUPOSTOS CONCEPTUAIS. Para que haja o *concurso* regido pelos arts. 1.516 e 1.517 do Código Civil, é preciso:

a) que alguém prometa a círculo de pessoas a seleção ou classificação; b) que o que se vai selecionar ou classificar não seja resultado de azar (não é concurso a promessa de prêmio a quem ganhar mais vezes na roleta entre 1 e 2 horas da manhã; trata-se, aí, de promessa de doação a pessoa ainda não determinada, mas determinável>; *e)* que haja a inscrição ou a apresentação, que lhe faça as vezes (não é concurso o prêmio ao homem mais gordo da cidade, sem que os interessados se apresentem).

Os concursos podem ter fins pessoais ou não. As exposições de frutas, de gado, de produção e outras mais têm fins sociais; de ordinário, suscitam ou apenas servem de instrumento a concursos. O interesse pode ser científico, artístico, ético, industrial, comercial, desportivo, peculiar ao Município, ao Estado-membro, à União, ao continente, à raça, à região, ao grêmio, ao clube ou ao cenáculo, à Academia ou à Faculdade, sem que perca o caráter social. Algumas vezes são múltiplas as relações: a exposição, com quermesse, prêmios aos expositores e intuito caritativo (reserva dos lucros a determinado asilo ou casa de beneficência).

A promessa de concurso é feita, às vezes, para muito tempo -aÇos a morte do promitente. Exemplo clássico é o do prêmio Nobel, o inventor da dinamite. No testamento pode ser feita a designação de quem se deve encarregar e, no caso de esquecer ao testador, não ficará prejudicada a promessa. Será nomeado pelo juiz, de conformidade com o disposto no testamento, quem o deva levar a cabo, e se não houver inconveniente incumbir-se-á disso a pessoa apontada para desempenhar a testamentária . Se a nomeou o testador, a ela caberá, implicitamente, promover a abertura dos concursos.

2.INTERESSE POR PARTE DO CONCORRENTE. A lei brasileira, à semelhança da alemã, distingue a promessa de recompensa pura e a promessa de concurso (cf. CARL CROME, *Syst em,* II, 758, que chama promessa de recompensa simples a primeira), de modo que há princípios especiais para a última.

O princípio final do Código Civil alemão, § 657, ou do art. 1.513 do Código Civil brasileiro (“ainda que não pelo interesse da promessa”), não pode aplicar-se, como regra absoluta, aos concursos. Há-os de

várias espécies e em maioria estão aqueles que, com a exigência de habilitação, afastam a possibilidade de ser invocada a regra jurídica do art. 1.518 do Código Civil brasileiro, ou a do § 657 do Código Civil alemão.

Somente a análise das relações pode dizer quando cabe, ou quando não cabe, a aplicação das referidas regras jurídicas. E assim devemos prevenir-nos quanto aos que, sem distinções, reputam por aplicável o final do art.

1.513 do Código Civil brasileiro ou o final do § 657 do Código Civil alemão *(e. g.,* RARL KOBER, *J. v.*

Staudingers Komment ar, II, *2,* 1257).

3. EXIGÊNCIAS LEGAIS PARA O CONCURSO DO NEGÓCIO JURÍDICO UNILATERAL. No Código Civil brasileiro, o concurso aparece com os seguintes caracteres:

a) *Essencialidade da fixação do prazo.* Têcnicamente, ~ aí mais feliz o Código Civil brasileiro do que o alemão:não emprega os dizeres "se na publicação" ("venn in der Eekanntmachung"), pois é possível a determinação posterior.

b) *Nomeação do juiz pelo promitente; na falta, a reserva da função para a própria pessoa que prometeu.*

Refere-se o Código Civil a "pessoa nomeada" e a "pessoa designada para julgar o mérito dos trabalhos". O

Código Civil alemão fala de 4"die in der Auslobung bezeichnete Person", pessoa designada na promessa de recompensa. Seria melhor dizer-se: pessoa ou comissão, porque pode ser múltiplo, coletivo, o julgador.

§§ 3.688-3.640. PRESSUPOSTOS DO CONCURSO

c) *No caso de mérito igual dos trabalhos, divisão,* ou, *se indivisível a prestação, solução pelo sorteio.* o Código Civil alemão, o Código Civil brasileiro combinou os dois processos: o do Projeto bávaro (art. 758) e o dos Projetos da Héssia (art. 202) e de Dresda (art. 684), isto é dividido e sorteio.

Mas Esses pressupostos vêm após os elementos conceptuais, sem os

quais o concurso não poderia caber n35

arts. 1.516 e 1.517 do Código Civil.

4. NECESSARIEDADE DO PRAZO. A fixação pode ser feita antes ou por ocasião da promessa, ou depois.

Se *antes,* a promessa , ao ser feita, a pressupõe: se *no mesmo ensejo,* torna-se irrevogável desde logo, o que também ocorre se já prêviamente fixado o prazo. Se *depois* (cf. H. DERNEtIRG, *Da,* Biirgerliche 1?echt, II, 2,* 2.a ed., 588, a quem o caso escapou da fixação *antes),* cumpre distingamos: a) na promessa, tj promitente declara que o marcará dentro de determinado pra~0, ou a tempo de alcançar qualquer acontecimento (o Natal, a comemoração de um Centenário), e equipara-se ao concur50 com prazo tal espécie intermediária (noutros termos: é eficácia desde aí)

b)o declarante nada diz Sobre prazo, e, a~sim, quando fixar, *completará* a promessa que passa, então, a ser vinculante; e) o declarante não marca o prazo, e nenhum efeito tem a promessa, porque nos concursos é elemento *essencial* a determinação do prazo.

t promessa vinculante a que concerne a torneios, pleitos, ou justas, que têm épocas mais ou menos fixas, corno o campeonato sul-americano de futebol, o jogo entre o Fluminense e o Botafogo. Ainda que varie a época de se realizar e sucessiva-mente sejam adiados os encontros, o concurso tendo *prazo:* não há aquela impossibilidade, a que se referiram ~s *Motive* do Código Civil alemão.

Devido ao prazo, que é essencial, o concurso ~ irrevogável (KnL KOBER, *J. v. Staudingers Kominentar, II,* y~ „ya..ga ed., 1256; L. ENNECCERUS-H. LEHMANN, *Das Rilrge~.íj~~e Recht,* 1, 2.~ ed., 698) ; salvo se dele consta a faculdade 13e revogação. Os comentadores alemães não deve ser permitida □a reserva de revogabilidade. Poucos aludem a ela (WnÃiELM BECKn, *Die Auslobung nach. dem RGB,* 55). Mas outra solução seria errônea, porquanto:

a) Pode haver interesse no concurso e na abertura imediata, mas *depender* de algum fato posterior.

b) Desde que se avisa da revogabilidade, não há prejuízo para o público: os concorrentes sabem o grau de precariedade do concurso aberto.

c) Se se não estende, expressamente, ao dia para o julgamento, a

faculdade de revogar, devemos entender que, não revogada na véspera a promessa, o promitente abriu mão daquela faculdade.

5.PRAZO PARA A REALIZAÇÃO DO CONCURSO. A fixação do prazo é pressuposto essencial para o concurso com a promessa pública de recompensa. Di-lo a própria lei. Vem do Preussisches Alígemeines Landrecht, 1, 11, § 989, do Projeto bávaro, art. 786, e do Projeto de Dresda, art. 682.

A determinação não somente concerne ao *dia ad quem* como também ao *dies a quo* (CAJiL KIItCENER, *Pie Áuslobung nach dem BGB.,* 168), e pode acentuar: o dia exato da prestação, a hora e modo de executar o que se pretende e assim por diante. Exemplo clássico é o dos esportes, *e. g.,* o futebol, o torneio de natação, que todos se efetuam em determinado tempo e lugar. Aqui, é oportuno distinguir-se o que a lei não distingue, porém que se acha nas relações sociais e se impõe ao investigador: a) o tempo ou, melhor, o prazo para *apresentação* do concorrente; b) o prazo ou tempo para a *acfio.*

Podem, certamente, coincidir; mas seria erro confundi-los e mais ainda identificá-los. O jogador de futebol inscreve-se ou é inscrito com o seu clube, dentro do prazo, e no dia joga, isto é, *no dia* e *hora* do programa. O

primeiro prazo (de apresentação) expirou *antes* e só *após* ele se travou a justa que se marcara.

6. CONSEQÜÊNCIAS DA NECESSARIEDADE DO PRAZO. Da circunstância de ser o prazo elemento necessário, imprescindível à eficácia da promessa pública do Código Civil, art. 1.516, derivam as ilações seguintes:

(a) A declaração unilateral é irrevogável, em virtude do principio geral do art. 1.514, *in une.* Mas o promitente pode reservar-se o arbítrio de retirar, durante o prazo, a promessa, se respeita os princípios. A restrição deve ser expressa; na dá-vida, decide-se pela irrevogabilidade. A cláusula de revogação pode ser: *completa,* ou *parcial.* Completa, quando o promitente dispõe que se guardou a faculdade de exonerar-se, ocorrendo algum fato positivo ou negativo, ainda depois de apresentados os candidatos e iniciadas as provas, e até ultimados os serviços de seleção. Parcial, ou incompleta, quando apenas se deixa o arbítrio de notificar, antes das inscrições, a não realização do concurso anunciado. Se a cláusula é duvidosa, por

omissa, ou obscura, decide-se pela reserva da só faculdade de aviso prévio.

(b) t necessário que o concurso se efetue dentro do prazo; *e. g.,* pela apresentação da memória, produto industrial, ou invenção. O fato de comparecer um dos interessados antes dos outros, ou de enviar, primeiro que os outros, o trabalho, com que concorre, não lhe traz nenhuma vantagem, *de regra.* Todavia, pode o promitente, no prospecto ou anúncio do concurso, estipular a preferência, em igualdade de elementos para julgamento, ao que mais prestamente enviou a obra, sem que isso deturpe a figura jurídica do concurso.

Opera como simples processo de desempate, pois que a regra jurídica do art. 1.516, § 39, apenas concerne aos casos em que o declarante não regulou os modos de decidir.

7.O QUE SE APRECIA NO CONCURSO. Não é preciso que se trate de ato do concorrente, ou, até, de qualidade pessoal, como a beleza, a altura, a cor , a aptidão ginástica; há os concursos em que o objeto é estranho à personalidade do concorrente, como o de cães (CAm4 KIRCHNER, *Pie Auslobung nach dem BGR.,* 159), cavalos, bois, galinhas, pássaros e flôres . Certos escritores pensam que se tem, em tais hipóteses, jogo, e não concurso (O. VON VÕIJDERNDORFF, *RliÍt ter fUr Rechtsan,.oendung,* 25, 181; contra, CARL KfliCHNER, *Pie Auslobung nach dem RGR.,* 159). Tanto os que citamos quanto os de máscaras, os de mais belos vestidos, fantasias ou ranchos (aqui merecem especial menção os de carnaval, tão conhecidos dos Brasileiros), são verdadeiros concursos: não podem ser confundidos com os jogos; *e. g.,* o prémio de cartões, o de aparelhos de número, os de cartas de jogar e outros, em que o elemento *acaso* (azar) é mais relevante que o da qualidade objetiva (beleza, robustez, pureza de sangue, ou traços dos cavalos e cães),

ou de esforço (acêrto do alvo, corrida, luta romana, boxe). A formosura independe de ato humano. Existe por si. Nesses casos o concurso é como que *subsidiário* e nele não se dá nenhuma impossibilidade conceptual: não há falta de interesse digno de proteção, como existe quem o afirme (F. ENDEMANN, *Em/„Uhrung in das Studium des BGR.,* 1, 3.~ ed., 198; contra, CAm.. RTiRCHNER, 159 s.). O pintor, o fotógrafo, e o próprio jornal podem ter interesse na averiguação que ê]es suscitam. Não é o esforço que se vai premiar, posto que existam concursos em que só o esforço valha. Ao industrial

pode caber o prêmio do objeto que ele não fêz. Ou ao dono do cão, que, na véspera, ele comprara. Todavia, é possível exigir-se que a manufatura ou produto fabril venha da fábrica do premiado, ou que seja criador o concorrente e no seu estabelecimento de criação de cães. haja nascido aquele a que se confere o prêmio (CARL KTRCHNER, *fie Auslobung nach dem BGB.,* 161). Aliás, o prêmio é conferido *ao dono,* e somente por amor da objetividade é que se diz, elipticarmente, "conferido ao cão", ou "êste é o cão premiado". Certamente, pode complicar-se a situação, como se não é exigida a presença ou a intervenção do dono na concorrência; mas, ainda ai, o que se dá é a ausência material, que se observa na espécie do dono de terras brasileiras que se acha na Europa: nem por isso deixam de ser *seus* os frutos do prédio, as acessões e o prêmio que o Governo houvesse por bem conferir às obras ou plantações nelas existentes. O promitente pode circunscrever o concurso, exigir os pressupostos pessoais, ou não pessoais, que bem entenda. Muitas vezes será mister interpretar-se o que ele declarou; então, além dos pressupostos expresso, pode havê-los tácitos, e não raro essenciais à espécie de concurso que se promoveu.

§ 3639. Concurso e público

1.CÍRCULOS SOCIAIs DA PROMESSA O concurso pode convocar qualquer número de pessoas, dirigir-se a circulo maior ou menor, ínfimo <duas pessoas) ou absoluto (toda a humanidade) ou intermédio

<alunos de um colégio, habitantes de uma cidade, de um pais, de um continente). Não cabe dizer-se que um concurso para todo o gênero humano não revele séria vontade de se obrigar, erro de muitos, *e. g.,* GIOvANNI BAvIERA *(L"Offerta ai pubôlico,* 159). O direito tem de presumir a seriedade. A interpretação parte da afirmação de ser séria a manifestação de vontade. Só elementos fortes podem afastar essa suposição.

Mesmo provado que não foi séria a manifestação de vontade, pode essa ser fundamento para ação de indenização por ato ilícito; *e. g.,* ao estrangeiro ou que está no estrangeiro se veio ao Brasil para se apresentar a~ concurso.

Além disso, foi a própria reação do público, da sociedade, que produziu a jurisprudência (particularmente a alemã e a austríaca) relativa à vincularidade e à obrigatoriedade da promessa ao público: o

público não queria que se caçoasse e se abusasse dele (Orro KARLOWA, *Das Rechtsgeschdft und seine Wirkung,* 276); na contemporaneidade, com o entrelaçado de interesses e negócios, a profusão dos concursos, dos incitamentos, dos grandes prêmios, a análise das relações revela-nos a obrigatoriedade das promessas de prêmios em concursos, correspondente à seriedade normal, assaz extensiva e intensa, das promessas e ofertas ao público.

Na Idade Média, podia, normalmente, considerar-se não séria, pilhérica, mero brinco de engraçado, o concurso dirigido‟ a toda a humanidade. Hoje, não. Quase todos os dias há convocações mundiais, desafios, congressos para pleitos de idéias, incentivamentos de toda a população da terra, exposições universais, torneios em que se batem, como representantes dos. seus países, das suas raças ou dos seus continentes, campeões de todos os esportes, de tiro, de natação, de xadrez, de luta romana, de pacifismo, de cultura pedagógica, de serviços à par ou às letras. A humanidade é hoje ser mais concreto, mais apurado, mais real (digamos assim) do que nos tempos medievais e na antiguidade. No futuro, será realidade mais viva, mais atuante, mais atendível e imediata, do que os círculos transitários e intermédios, que até hoje têm predominado na história do homem: a tribo, a cidade, o Município, o Estado.

O promitente pode restringir, como bem lhe apraz, o circulo dos concorrentes. Por exemplo: estatuir que o concurso só será entre estudantes de determinada disciplina, operários de certa cidade, fábrica ou bairro, pessoas de determinada idade ou de determinada classe. 2.PROMITENTE INCLUSO NO CÍRCULO DE

CONCORRENTES.

O promitente pode declarar que ele mesmo entrará no concurso (Preussisches Alígemeines Landrecht, 1, 11,

§ 991). Submete-se, como os outros, ao julgamento da comissão ou ao juiz singular do pleito. Será igual à dos demais a sua posição jurídica. Não obsta tal particularidade a que ele use como conferido regularmente (pois que o foi) o titulo, medalha ou prêmio que obtenha. Não repugnam ao direito tais situações caracteriscas como negócio jurídico consigo mesmo, ou, unilateral, dirigido também a si mesmo; mas em verdade é errônea a caracterização de contrato consigo mesmo, pois, segundo a teoria da declaração unilateral de vontade que desenvolvemos a respeito dos títulos ao portador e da promessa de recompensa, não há contrato.

Não há vínculo direto entre o promitente e o *unta ex publico* ou entre o promitente e os concorrentes ou aquele que, dentre eles, conseguir o prêmio ou o titulo honorifico.

A regra é que, sem a declaração expressa, não pode ser admitida entre os concorrentes a pessoa que prometeu (Preussisches Allg,emeines Landrecht, 1, 11, § 991), mas seria estulto pretender-se aplicar com absoluto rigor tal principio: casos há em que a permissão resulta da *natureza* ou das *circunstâncias* do próprio concurso.

3. PEQUENOS CÍRCULOS E CONCURSOS. O circulo mínimo de concorrentes é o círculo de duas pessoas: A abre concurso para que B e C disputem o titulo, o cargo ou a quantia, Pode dar-se que o circulo se componha do próprio promitente A e de B, como acontece se A, campeão, entende que ele e B hão de concorrer para que o vencedor, se A, fique com o objeto do prémio, ou o vencedor, se E, o receba de A.

Raramente se comporia a figura da promessa unilateral, porque A estaria convidando B para concurso. Por onde se vê que o concurso nem sempre é oriundo de declaração unilateral de vontade. Quem desafia, propõe, não promete. Mas a promessa unilateral concerne ao prêmio, e não à disputa.

Pode ocorrer que o declarante seja um simples agente dos próprios concorrentes, como sucede nos concursos suscitados pelos interessados na justa e cujo prêmio é representado pelo montante das quotas de subscrição.

Dá-se, antes, contrato cooperativo, ou de comissão ou de corretagem, conforme o traço que predomine. E

essa feição não deixa de influir na solução de certas questões que se ventilarem.

Dissemos acima que o circulo mínimo é de duas pessoas. Não se objete que pode ser disputado o recorde em relação a quem até o momento foi o campeão. Conceptualmente, está satisfeito o pressuposto: o campeão até aquele momento, embora já morto, figura como se disputante fosse. A quem se pôs na situação de tentar a vitória só se confere o titulo, ou o titulo e recompensa, se obtém *mais* do que fora obtido.

§ 3.640. Prêmio e concurso

1. UNIDADE DE PRÉMIO E PLURALIDADE DE PRÉMIOS. A promessa, com a finalidade concursal, é espécie de promessa, com as suas regras próprias. Usa-se, de ordinário, nos certames científicos, artisticos, industriais, técnicos, esportivos, e constitui a forma mais vulgar de preenchimento dos cargos públicos. A mais vulgar e, em vários casos, a melhor, na falta de outro critério mais seguro.

Não precisamos acentuar, mais uma vez, a fisionomia do concurso público. Todavia, é mister acentuarmos que o concurso se caracteriza pelo seguinte:

a)Unidade de prêmio, ou pluralidade.

b) Pluralidade de concorrentes para cada prêmio, e unidade de beneficiário ou pluralidade de beneficiários.

2.PLURALIDADE E ESPÉCIES HETEROGÉNEAS. Se muitos são os prêmios, muitos serão os beneficiários; mas não se apaga com isso o traço distintivo atentado acima. Porque cada prémio exige pluralidade de concorrentes e unidade de beneficiário, que se escolhe, conforme o critério adotado, dentre aqueles. No concurso para cargo único, a figura é simplissima:

um só prémio , alguns concorrentes e um só premiado. Nem sempre os caracteres oferecem essa translucidez.

Se um milionário deixa setenta milhões de cruzeiros para Instituto técnico, a fim de se concederem três prêmios: um, de trinta milhões, dois, de quinze milhões, e um, de dez milhões, haverá pluralidade decomponível de prêmios, pluralidade de concorrentes em relação a cada prémio e unidade de beneficiário para cada um dos prêmios. O concurso é o mesmo, um só; apenas mais complexo, pela junção de três novos galardões, quiçá subsidiários, acessórios, expressivos de secundariedade no cômputo serial do mérito dos concorrentes.

Há casos morfológicos mais complicados: ora se dividem em fases de vitória, admissão, classificação, escolha; ora se inclui elemento preferencial, em caso de empate, ou igualdade de pressupostos, como o serviço militar, o título de doutor, o ter escrito obras Sobre a matéria, alguma invenção de valor; ora se estatui a nomeação necessária dos dois ou três primeiros e a nomeação discricionária dos demais, sem atenção à ordem, embora dentre os classificados.

CAPÍTULO III

APRESENTAÇÃO DOS CONCORRENTES E DE PROCEDER-SE AO CONCURSO MODO

§ 3.641. Apresentação e formas de apresentação

1. CONCORRER E APRESENTAR-SE. Na própria expressão “concurso” alude-se à atividade dos que se podem candidatar . Porém as espécies longe estão de ser uniformes.

O mais freqUente é a *inscrição,* que há de ser requerida pelo que se reputa habilitável ao concurso, isto é, a quem entende achar-se dentro do circulo de pessoas a que se dirigiu a manifestação de vontade do promitente.

A espécie extrema, no sentido de mínimo de atividade do que se candidata, é a do concurso em que a candidatura e a promessa foram simultâneas <apresentação implícita). *E. g.:* A, E e C juntaram quantias (iguais ou não), para que retirasse o total quem tivesse a melhor colocação no concurso, em que seria juiz D (negócio jurídico entre A, E e C) ; A prometeu 10 para prêmio no concurso em que ele, ou B ou C fosse o vitorioso e E depositou, por promessa também unilateral, 20, e C, 30 (três promessas unilaterais para concurso).

No caso de animais, o prêmio vai ao dono, ou a quem seja legitimado a receber. Se foi dito “ao mais belo dos animais que correrem êste ano no *Jockey Ciub ,* a apresentação foi dispensada, porque se precisou o circulo de pessoas legitimáveis ao recebimento (os donos dos animais, ou quem poderia receber o prêmio).

2.RETIRADA DO CONCORRENTE. O concorrente pode retirar até o momento de ser julgado o concurso o trabalho com que concorreu (cf. li. DERNEURO, *Das BUrgerliche Recht,* II, *2,* □

4 a ed., 588), salvo se

houve limitação de período dentro do qual pudesse fazê-lo o pretendente. Também ai o prazo pode ser fixado a *quo* e *ad quem.*

§ 3.642. Procedimento

1.Mono DE PROCEDER-SE AO CONCURSO. Nem o Código Civil alemão nem o brasileiro se preocuparam com o modo de se fazer o concurso. Que devemos entender? A lei deixou matéria tão multiforme e variável para outras fontes secundárias do direito. Secundárias, aliás, no ponto de mira do legislador. Observar-se-á o que se estatuir na promessa, nos editais posteriores relativos aos julze~ do concurso ou ao juiz do concurso, o que resultar da natureza do assunto ou fOr conforme aos costumes

<KARL KoBER, *J. v. Staudinger8 Kommentar,* II, 2, 7a8a ed., 1256; WILHELM BECKER, *Die Áuslobung nach dem BGR.,* 55). Noutros termos: à investigação das relações sociais fica todo o trabalho de dizer qual a regra jurídica, se não foi estabelecido o processo do concurso. Cumpre notar-se e não é sem importância advertir-se que, com o deixar de escolher o modo de concorrência, raramente (pelos termos da promessa) afasta o promitente a faculdade de posteriormente

o estatuir.

2.CONCURSOS SEM PRÉvIA PROMESSA AO PÚBLICO. Nem todos os concursos constituem promessa ao público. Há-os na vida interna de sociedades, obrigatários a todos os sócios ; nos estabelecimentos, para os empregados, a fim de seriá-los; nas repartições públicas, para os funcionários de uma categoria, para que se possam regular, justamente, as promoções .

A necessidade deles , no sentido de obrigatoriedade para as pessoas, a que se dirigem, elide o caráter de promessa a *untes ez publico,* onde o característico principal está na vinculação ao público, na liberdade de alguém realizar, ou não, o fato, sem que lhe advenha prejuízo direto. Nada se incluiu ainda em seu patrimônio, nem mesmo expectativa de direito, ou pretensão condicionada de cuja inclusão proviesse a diminuição pelo não concorrer. O direito a concorrer nasce a quem quer que *possa* apresentar-se. Antes de apresentar-se, nada liga o futuro concorrente ou os concorrentes ao promitente, nas espécies comuns; ao passo que nos concursos internos há situação preestabelecida, que obriga, de certo modo, ao concurso, à justa, ao torneio.

Porém nem todos os concursos internos escapam ao art. 1.516: o

conceito de público, nos arta. 1.512 do Código Civil (“anúncios públicos”>, 1.514 (“publicidade”) e 1.516 (“promessa pública”), não é absoluto em seus limites. Ora se alarga na amplíssima noção de humanidade (promessas mundiais), ora se restringe, moderadamente, e se estende no âmbito de um país, de um Estado-membro (promessas aos nacionais, aos habitantes de um Estado-membro), ora se circunscreve, minimamente, à ambiência de federação esportiva, de grêmio, de bairro, de casa de diversão, de grupo de amigos. Os concursos, mesmo internos, em que se deixa inteira liberdade aos concorrentes, como se dá nas associações religiosas, morais, científicas, artísticas, esportivas, técnicas, beneficentes, Esses compõem as mais das vezes a figura do certame, de que trata o art.

1.516 do Código Civil.

3.FASES NO PROCEDIMENTO DO CONCURSO. Já nos referimos às fases. Pode havê-las tantas quantas forem exigidas: a) *apresentação, prova* e conseqüente *julgamento* classificador, de escolha ou de nomeação; b) outras vezes, com maior número de estágios: *apresentação, prova de admissão* (uma ou mais de uma), ou *processo eliminatório prévio, prova principal* e consequente *julgamento* classificador; *desempates* por novos exames; *escolha;* c) outras vezes, simplificam-se as medidas de seleção: *apresentação* e imediata *prova, nomeação* ou *escolha.*

Elemento alógico, que pode existir nas duas espécies de promessas ao público, a do art. 1.513 (unidade de recompensa e de executante), e a do art. 1.515 (unidade de recompensa e pluralidade de executantes, sem emulação), exerce na espécie do art. 1.516 (concurso> papel importantíssimo e essencial: oprazo prefixado. Sem a delimitação de tempo, impossível fora o critério de premiar o *melhor,* o vencedor. O

indeterminado da época traria após si a eventualidade nunca assaz estandada de novos concorrentes. Por outro lado, a fixação arbitrária, posterior, incondicionada, pelo promitente, importaria graves injustiças. Iria, aqui, surpreender a esforçado que se demorara mais no esmêro e no zêlo da sua obra; galardoaria, às vezes, o autor de trabalho que só recebera o prêmio em razão do açodamento no alinhavar o seu trabalho, talvez cheio de imperfeições, com que a vertiginosidade da atividade produtiva sói marcar as obras humanas. Ali, motivaria o protesto de alguém, que executou *antes,* mas esperou que outros se apresentassem a fim de evitar, por exemplo, incômoda notoriedade, ou a pecha de exibicionista, ou a censura de incontido desejo de alcançar o prêmio.

A função específica da fixação do tempo, cuja essencialidade o art. 1.516 expressamente encarece, é permitir critério justo, ou solução que consulte os interesses públicos e os particulares dos executantes, como parcelas do *socius,* a fim de manter, com uma composição de intrínseca e espontânea realização e sabedoria, a ordem jurídica.

Já dissemos, em número anterior, que a promessa de recompensa se pode caracterizar: a) Pela justaposição, *no tempo,* se *bá* muitos executantes e uma só recompensa.

b) Pela justaposição *no espaço,* quando há vários executantes e vários prêmios.

c) Pela coexistência *espacial* e *temporal,* se há um só prémio, muitos concorrentes e um só beneficiário, segundo critério prêviamente instituido do~ concurso. Nessa espécie, a idéia de justaposição não aparece; os concorrentes coexistem, gladiam-se entre si. Sem a fixação de prazo, tal coexistência seria ilusória, se não impossível. Ê impotente o espírito para comparar entre coisas infinitas; e a indeterminação do período de concorrência, ou levaria a isso, ou à absurdidade de deixar-se ao declarante inteira liberdade de retrair-se.

Filosófica e cientificamente, a exigência do art. 1.516 se impunha: "é condição essencial, para valerem, a fixação de um prazo".

Não é demais repetir o que antes escrevemos: o concurso pode ter muitos -prêmios, mas não deixará de compor-se o que reputamos elemento típico em tais promessas: pluralidade de executantes e um só beneficiário para *cada* premio.

Também se há de advertir que a declaração unilateral de vontade sem prazo pode completar-se, com a fixação superveniente. Mais: pode o promitente, no concurso em que a disputa é retrospectiva (vencer o que foi o máximo de veleidade alcançado), vincular-se sem a alusão ao prazo. Por exemplo: C depositou no banco a quantia de x para ser o prêmio a quem fizer em menor tempo o percurso, de barco, do Rio de Janeiro a Santos. Trata-se de vencer quem foi, *até o momento,* campeão. Ai, o prazo não importa. £ da natureza dEsse concurso permitir que não se fixe prazo. A vitória pode ser hoje, amanhã, no próximo ano, daqui a uns cinco ou dez anos. Enquanto isso, há um campeão, que pode já ter falecido.

4. ELIMINAÇÕES DE CONCORRENTES E ELIMINAÇÕES DE APRESENTADOS. Um dos mais interessantes expedientes do concurso é a exclusão *positiva* ou *honrosa,* que é o contrário da exclusão

inabilitante ou *negativa.*

Naquele caso, o concorrente é pOsto fora das provas, que se exigem, e declarado *hors concours,* e por vezes lhe cabem prêmios iguais ou superiores ao que se obtém no pleito. Usa-se muito nas exposições (CARL

KIRCHNER, *Die Auslobung nach dem BGB.,* 164, nota 2). Pelo fato de não ficar na liça, não perde o pretendente. Em tais situações são-lhe reconhecidos os méritos, a despeito de ser afastado pelo promitente, ou pelo juiz do concurso, ou pela comissão, e como que se lhe confere vitória sem luta nem provas: bastam aquelas com que preliminarmente se apresentou.

Na exclusão negativa ou inabilitante, o que sucede é a eliminação do concorrente. Nega-se-lhe o entrar ou permanecer no concurso. Donde duas espécies: a eliminação prévia e a eliminação incidente ou no correr do pleito ou justa.

Cumpre, porém, que se não confunda com a exclusão *de meritis* a exclusão por falta de defeitos de pressupostos de admissão: naquela, o eliminado perdeu a partida, ou porque não conseguiu passar da primeira verificação (exclusão prévia), ou porque, no correr do concurso, ficou em circunstâncias infedores ou incidiu em pena (exclusão incidente) ; nessa, faltou qualquer dos requisitos de instrução, de modo que se não eliminou o concorrente: o pretendente nunca foi concorrente.

CAPITULO IV

JULGAMENTO DOS CONCURSOS

§ 3.643. Necessidade da apreciação

1.APRECIAÇÃO OU JULgAMENTO . No concurso, não se trata de simples verificação de se ter dado, ou não, o fato, positivo, ou

negativo, que se premia, como acontece no tocante à promessa de recompensa. Há duas ou mais pessoas que hão de concorrer, e tem-se de contemplar a uma, afastando-se a outra, ou as outras.

Se a classificação não é apenas de premiado e não premiado, como se há primeiro e segundo prêmio, ou escalonamento de valores , passa-se o mesmo a propósito de cada premiado ou classificado. Há julgamento.

Todo concurso supõe juiz, no sentido geral, vulgar, que dê a decisão e encerre, assim, o concurso.

Se for uma a pessoa designada para julgamento chama-se *juiz.* Se são mais de um os julgadores, juntos ou em graus diferentes, *júri* ou *comissão de julgamento.* Deve o promitente nomeá-la. Se não o fêz, entende-se que o promitente se reservou a função. Em todo o caso, pode ser costume a nomeação no dia das provas, ou por sorteio, ou por outro processo regulamentar, costumeiro ou convencional (tácito ou expresso). As regras jurídicas do art. 1.516, §§ 1.0 e 2.0, do Código Civil brasileiro, e do § 661, 2.8 alínea, do Código Civil alemão, derivam (posto que mais precisas) do Preussisches Alígemeines Landrecht, § 994.

2.FUNÇÃO DO JUIZ OU DO Júri . Evite-se assimilar

à aceitação a decisão do juiz do concurso. Não se trata (e fora escusado mitidear argumentos) de declaração receptícia. Considerar-se a apresentação do concorrente como declaração oferta que precisa ser aceita e para a qual constituísse aceitação o julgamento *(e. g.,* ANDRÉ, em *G.*

PLANCK, *Rúrgerliches Gesetzbuch,* II, 408), seria cindir-se de modo absurdo o negócio jurídico, sem vantagem científica ou prática. Certos, P. OERTMANN *(Das Recht der Schuldverhdltnisse,* 392), KARL

KoBER *«~. v. Staudingers Ko,nmentar,* II, *2,* 1527) e BERNHARD MA"rrHIASS *(Lehrbuch,* 1, 666).

A situação do juiz ou da comissão não é a de representante do promitente no negócio jurídico; mas a de julgador *(CARL* KIRCHNER, *fie Auslobung nach dem BGB.,* 169), e tanto assim é que obriga ao promitente, aos concorrentes e aos interessados o que se profere.

A posição não deixa de ter analogias com o juízo arbitral (KONRAD COSACK, *Lehrbuch des Deutschen Ruirgerlichen Rechts,* 1, 7Y ed., 627).

E convém, na dúvida, ler-se o Capítulo X do Título II do Direito das Obrigações, não como elemento decisivo, mas apenas como elemento subsidiário para a elaboração do parecer nos casos duvidosos.

Nos Projetos da Baviera (art. 160) e da Héssia (art. 203), decidiam peritos e a escolha cabia às partes; no caso de desacordo, ao juiz. Procurou WILHELM BEcKn *(fie Auslobung,*

56) frisar a diferença entre os *arbitri* e os juizes do concurso. A diferença está na *interinidade* do julgamento do concurso.

3.DO JUIZ OU DO JÚRI. A nomeação do juiz pode ser feita na declaração de promessa ou depois dela (Preussisches Alígemeines Landrecht, § 994). Mas pode ocorrer que, pela natureza ou circunstância do negócio, não se possa conciliar com a definitiva exteriorização da vontade do promitente a posterior resolução de nomear o juiz ou comissão. Será difícil que isso aconteça, não somente devido a nenhuma garantia, pois que na falta de nomeação se entenderia juiz o próprio promitente, como porque a comissão ou juiz não constitui elemento principal no negócio jurídico da promessa de recompensa ou do concurso.

Todavia, não é impossível dar-se a hipótese; e o próprio promitente pode incluir declarações que fortaleçam a organização do poder julgador, como a recusa, a prova de suspeição, etc. São, em tais casos, disposições regulamentares, que excluem os princípios gerais do Código Civil.

Terceiro pode ser incumbido de determinar a prestação (Tomo XXII, § 2.684, 4). Entende WILHELM

BECRER *(Die Áuslobung nach dem RGB.,* 56) que a situação do juiz do concurso é mais livre do que a dEsse terceiro, do qual cogitam os ~§ 317-319 do Código Civil alemão. Sem razão, porque a decisão do juiz do concurso ou do júri do concurso é mais do tipo arbitral; portanto, menos livre.

Nas promessas de recompensa, surge, após a prática do ato, o momento de conferir-se o prêmio, a que o executante já tem direito e pretensão. A função do promitente é rudimentar, simplesmente verificadora, e não julgadora. Os critérios adotados miram justamente elidir o arbítrio: ora o do tempo (a quem primeiro executou), ora o da divisão, ora, enfim, o sorteio. Nos concursos há função mais elevada: alguém *julga.*

Houve uma sorte de lide, torneio, justa, e para dirimir a lide impôs-se na figura tutelar do juiz do concurso. A linguagem corriqueira, nesse passo, coincide, à maravilha, com a técnica científica, no compreender o elemento diferencial dos concursos: o povo chama *juiz* aos árbitros das partidas esportivas, *julgadores,* aos membros das comissões exterminadoras, dos *júris.*

O promitente pode ficar com Esse mister, ou nomear, nos anúncios, terceira pessoa. A nomeação, para ser obrigatória, tem de ser previamente feita nos anúncios públicos em que se prometeu a recompensa, ou nos editais. A lei diz *nos anúntios,* e não *em anúncios,* de jeito que determinou quais os avisos de que se conta: os mesmos em que se lançou ao público a promessa. Uma vez feita, outros anúncios não bastariam para nomeação do julgador ou dos julgadores. Não seriam eficazes.

O promitente não transferira de si a função. Para que fosse eficaz a escolha posterior, embora publicada e anterior ao início das inscrições, fora mister que essa cláusula constasse, explícita ou implicitamente, da declaração, ou que *todos* os inscritos acordassem, depois de encerrada a inscrição. A unanimidade é indispensável, se o contrário não ficou expresso na promessa, porque se trata de assunto pessoal, de confiança, e a decisão da maioria violentaria os demais.

4. JULGAMENTO POR TERCEIRO. A primeira espécie legal é a do julgamento pela terceira pessoa. A lei fala de “pessoa nomeada”. Não é preciso mostrar-se o que há de exemplificativo em tal expressão. Uma pessoa, ou muitas; particulares, ou instituições, que se manifestem pelas suas assembléias, ou por seus órgãos. Prometemos dois milhões de cruzeiros ao melhor conto, que se fizer, Sobre a guerra, e nomeamos julgadora a Academia Brasileira. Não será o seu presidente, que o resolverá, mas a sua assembléia ou a comissão que essa escolher, na conformidade de seus estatutos. Se a solução for deixada a muitos, decidir-se-á, nos corpos coletivos, de acordo com as suas leis (se forem Estados, Estados-membros, Municípios), com os estatutos, que são como leis das sociedades particulares, se se tratar de agremiação, de companhia, de sociedades, de fundações . Para ser juiz de concurso, é necessária a capacidade civil, mas casos há em que o ser menor de vinte e um anos não invalida a solução. As sociedades de fato podem ser incumbidas de tal missão, uma vez que exista nelas licitude e os pressupostos para a perfeita existência de fato. ~ a sua maioria de sócios , ou a comissão, que delibera, que julga o concurso, e para isso a personalidade jurídica do corpo exterior, do envoltório social, não é imprescindível. A diferença entre as sociedades personificadas e as que não têm personalidade não é intrínseca.

Estaria na estrutura orgânica, se essa não fora a mesma para as duas categorias (JuLrUs BINDER, *Das Problem der juristischen Persõnlichlceit,* 93 s.). Os atos de aquisição, alienação e outros ficam sujeitos ao art. 20, § 29, do Código Civil. Não são assim aqueles em que a sociedade é apenas o instrumento para a nomeação de corpo deliberativo ou julgador. Instituto técnico, que ainda se não personificou, mas que existe no mundo fáctico, pode ser designado para julgar.

Nada obsta a que se lhe dê essa função intermédia, ou, para usarmos de expressão que vem a pêlo, dessa função *de fato.*

Quando o julgamento está a cargo de duas ou mais pessoas, e alguma ou algumas não aceitam a incumbência ou falecem, a solução não será uma só para quaisquer espécies . Se as pessoas designadas formarem comissão de alguma sociedade, e como simples comissão, e não como individualidade, para que decidam, a substituição faz-se conforme o regimento da casa, os estatutos da sociedade e, até, a praxe ou costume, na falta de lei, ou de regimento, ou de atos orgânicos de associações. Quem os escolheu foi a sociedade, ou o que quer que seja a agremiação ou corpo coletivo; a ela incumbe manter a integridade do aparelho deliberativo e julgador.

Se as pessoas tiverem de apreciar os trabalhos ou provas prestadas, não como parte de corpo coletivo constituído, ou como se fossem membros de comissão autônoma, mas como pessoas acidentalmente reUnidas para julgar, a falta de um ou mais, por motivo estranho à vontade do promitente, será por Esse suprida com a nomeação de terceiro ou mais, observados os requisitos de idoneidade, de competência e as mais qualidades que se fizerem mister. O interessado, que ache prejudicial o ato, pode impugná-lo. Por isso, mais acertada é a consulta prévia às pessoas já inscritas ou apresentadas. Antes da inscrição ou exibição dos trabalhos, é escusado tanto rigor: no aviso, com a mesma publicidade, tem-se bom veículo, e a força maior explica o ato de nova escolha, sempre atacável, em si, quando o promitente o pratica de má fé, designando pessoa de verificável suspeição. A prova incumbe ao impugnador.

Em todas essas questões cumpre ter-se em vista o que se pode extrair dos termos da promessa, a natureza do concurso e os costumes ou usos locais.

Quando o promitente se reserva a faculdade de substituir-se a quem faltar, ou não puder comparecer, a escolha de si mesmo só é obrigativa quando a sua pessoa oferece as mesmas qualidades requeridas.

Em suma: a nomeação só será inatacável, quando na promessa o promitente se deixar o arbítrio de designar os substitutos, ou de substituir-se a algum deles. Nos anúncios iniciais, a sua liberdade de declarar é completa: é-lhe permitido subordinar a nomeação que fêz a ulteriores resoluções suas. Escusado é dizer-se que essa permissão deve ser expressa; na dúvida, impõe-se a negativa de tal faculdade.

5. INSTÂNCIA. Os julgamentos são definitivos, se não foi criada outra instância, ou corpo de revisão. Mas podem ser nulos e anuláveis, e aos executantes, aos interessados, será facultado inquiná-los como tais.

Decide-se pela ação proposta. A impugnação, por erro, simulação, caução ou dolo, é perfeitamente admissível (JOSEF KOHLER, *Lehrbuch,* II, 36), e não se conceberia que o não fOsse.

6.FALTA DO JUIZ OU DOS JUIZES OU DE ALGUM OU ALGUNS DELES . Se o juiz ou a comissão julgadora não quer cumprir a missão, ou se falta algum dos membros que a compõem , de modo que não pode reUnir-se, ou se observa o que fOr previsto, ou consta dos costumes, ou cabe ao promitente a nova nomeação.

Na ordinariedade dos casos, não tem o concorrente nenhuma ação contra a nova escolha (CAiu KIRCHNER, *Pie Auslobung nach dem .8GB.,* 172; contra, F. REGELSEERGER, *Civilreohttiche Erãrterungen,* 1, 22), salvo se tinha direito de rejeição.

Se o juiz não aceita a nomeação, ou se não a aceitam os juizes, pensava KONRAD COSACK *(Lehrbuch des deutschen biirgerliohen Rechts,* 1, 4.~ ed., 562; 1, 6.8 ed., 626) ser *ineficaz* o negócio jurídico do concurso.

Sem razão: somente é ineficaz a escolha; cabe ao promitente cuidar de outra, ou ele mesmo resolver. É o que se daria se não houvesse escolhido (arg. ao art. 1.516, § 2.0, do Código Civil). Assim, não se deve considerar elemento essencial que os juizes funcionem, se não podem, ou se não querem, ou se falecem. (Também no direito comum alemão, a morte de um dos juizes não tornava sem efeito o negocio jurídico do concurso.) Em todo Esse assunto, o que mais importa é que se atenda às circunstâncias ocorrentes ou à natureza do concurso.

§ 3.644. Função de julgamento do concurso

1. PRINCíPIOS. A decisão do júri ou do juiz deve regrar-se pelos princípios de boa fé e ânimo isento; todavia não se subordina à pura eqUidade (H. DERNBURG, *Das Búrgerliche Recht,* II, 2, 588), nem aos impulsos pessoais dos julgadores ou julgador. Juridicamente, é pelos têrmos da lei (Código Civil ou lei especial) ou do regulamento ou do direito costumeiro (geral ou interior da sociedade, do grêmio ou do colégio) que deve guiar-se o juiz. Pràticamente (cp. CARL RIRCENER, *Pie Áustobung nach dem .8GB.,* 166), sim, é que poderá adotar solução conciliatória, como a divisão do prêmio, se a isso se não opuser a lei, o regulamento ou o próprio costume. Cumpre notar-Se que tão rigoroso quanto o alemão é o Código Civil brasileiro: no § 661, 3.~ alínea, do Código Civil alemão, alude-se ao § 659, 2Y alínea, e não ao § 660, onde se fala em eqUidade *(nach billigem Ermessen);* no Código Civil brasileiro, ainda no que concerne à pura promessa de recompensa, não há nenhuma referência a critérios equitativos.

2.IRRADIAÇÃO DO JULGAMENTO. No Código Civil brasileiro está escrito que a decisão obriga os interessados. No alemão, "fUr die Beteiligten", isto é, as partes. São expresso e a que se equivalem. O que se quer dizer é que obriga, não só os concorrentes, como também o promitente ou os promitentes *(E.* DERNBURG, *Das B-iirgerliche Reoht,* II, *2, 4~8* ed., 588). Se imaginarmos terceiros que interessados pudessem ser, a eles também obrigaria a decisão. Nesse sentido, é preferível a expressão alemã à do Código Civil brasileiro? Se houvesse, por exemplo, a seguinte disposição no anúncio ou edital do concurso: "Se nenhum dos concorrentes o conseguir, a quantia destinada ao prêmio será entregue à Santa Casa de Misericórdia", também ao terceiro (interessado, porém não parte) obriga e favorece a decisão. Em todo o caso, *beteiligen* é sinO nimo germânico de interessar, porque, na linguagem vulgar, quem se *interessa* participa e o verdadeiro correspondente de *beteiligen* é participar. O Código Civil alemão não se referiu a *figurantes,* mas a participantes ou interessados, *Beteiligten.* Se os comentadores não se referem, na interpretação, aos que não foram figurantes, isto é, aos que são interessados sem se confundirem com o promitente ou com os concorrentes, a culpa é deles, e não do Código Civil alemão.

(De passagem, lembremos que nunca empregamos a expresssar "partes" para nos referirmos a *figurantes* dos atos jurídicos *strioto sensu* ou dos negócios jurídicos, nem para aludirmos a interessados. *Partes,* em boa terminologia, são os litigantes.)

3. RENÚNCIA. Conferido o prêmio, tem o concorrente a devida ação

para o reclamar (E. DERNEUBG, *Das Elirgerliche Rechi,* II. *2,* 588). Depois de feita a distribuição pelos juizes (votação, classificação), nenhum efeito comissão tem a desistência dos que foram premiados ou mencionados; quer dizer: a pode continuar a publicar os resultados, sem que o possa impedir o concorrente renunciante. Submeteu-se ao julgamento, sofra-lhe, pois, as conseqüências .

Pode renunciar à propriedade ou à titularidade do direito que se lhe conferiu, se renunciável.

4. PosiçÃo JURÍDICA DO JULGADOR OU DOS JULGADORES DO CONCURSO. Nos concursos, à diferença das outras espécies de promessa ao público, às vezes o próprio promitente concorre ao prêmio; *e.*

g.: nos torneios esportivos, em que a mesma pessoa que instituiu o prêmio ao grupo vencedor no futebol, faz parte de uma das filas; nos certames artísticos, em que o pintor, o músico, o escritor, o cientista, que criou o prêmio, pode remeter a sua tela, a sua composição, o seu trabalho literário, a sua memória de ciência, ou qualquer que for o objeto da indagação preferencial. Uma das conseqüências da concorrência do promitente é o não poder *julgar,* de jeito que a nomeação de terceira pessoa, ou grupo, que examine e classifique as obras recebidas, deve entender-se como reserva do direito a concorrer. Ele não poderia ser, simultaneamente , concorrente e juiz, o que repugnaria à consciência e à ordem jurídica; nem fora justo impor aos concorrentes juiz, em que provavelmente nem todos confiariam.

Muita vez a missão do julgador é técnica, com um tanto de avaliação. Mas longe de nós assimilarmos o terceiro, que decide, aos peritos, avaliadores ou arbitradores. A figura que nos ocorre, ao primeiro e ao último exame, *é* a do juiz privado, o árbitro. Se a amizade e o amor constituem causa de afastamento do julgador, maior razão existe em se tratando do amor de si mesmo, que é de todos o fortíssimo (DIoGo GUERREIRO, *Tractatzts de Recusationibus,* 168) : „Si amicitia et amor respiciens alienum commodum, seu incommodum, iusta est causa recusationis, ut hactenus vidimus, a fortiori erit iusta recusationis causa amor proprius, qui omnium amorum est fortissimus, quo omnes hominens caeciunt". Se a exigência de conhecimentos especiais aos julgadores bastasse para reduzi-los *à* categoria secundária de arbitradores, questão fora de alta significância a de se saber se poderiam Esses arbitrar em causa própria, pois que não militam contra eles os mesmos motivos de recusação.

Se o promitente escolheu o julgador, a nomeação é obrigativa para os interessados, pois que, no atenderem ao convite, que é intrínseco aos editais ou anúncios de concurso, leram e tomaram em consideração uma das cláusulas da promessa.

Quem aceita o todo, aceita a parte. Técnica e filosoficamente , melhor diríamos: o promitente só se obrigou pelo teor do aviso ou proclama, e pois pela cláusula do julgamento. Feita assim a promessa, desvestido o promitente da função em que a sua personalidade estaria em evidência e a sua vontade seria *decisiva,* nada obsta a que, também ele, como *UnUS ex publico,* concorra, e não se daria sequer, como talvez se pense, caso de contrato *cum se ipso.* A razão patenteia-se: não há vinculo direto entre promitente e concorrente, nem nas promessas a que se reportam os arts. 1.512-1.517, nem nos concursos com promessa ao público. O

promitente vincula-se à sociedade, realidade objetiva, cujo interesse se protege na lei. A vincularidade da declaração unilateral de vontade é preforma de obrigação. No momento em que o pretendente satisfaz o pressuposto para haver o prêmio, cria-se-lhe a obrigação de pagar, e desde aí a situação dos dois é a de devedor e credor. Na hipótese de o prêmio ser conferido ao próprio promitente, a formação da obrigação de pagar não se efetua, a conferência, econômica-mente, é difícil de ser realizada, porque houve a confusão de sujeitos. Tudo o que possa ser útil ao promitente vencedor acresce ao seu patrimônio, e melhor diríamos, à sua esfera de utilidades (os proveitos decorrentes do titulo de campeão, de maior esgrimista, de mais erudito cientista, de mais presto matemático, de melhor pintor, de escultor "premiado"). Mas tais direitos nem são de crédito, nem os deve o promitente a ninguém. Por sua promessa de quinhentos ou de cem mil cruzeiros ao maior esgrimista, dos que se apresentassem, vinculou-o, estará obrigado, quando alguém vencer. O título, a utilidade da vitória *em si, é* conseqUência remota, proveniente mais da publicidade, das circunstâncias e sinceridade do concurso, do que da vontade do promitente.

§ 8.645. Atacabilidade da decisão

1.PRECISÕES. A decisão é ato jurídico *stricto sensu.* Como tal, está sujeita às regras jurídicas Sobre capacidade,nulidade e anulabilidade. O assunto não tem tido o trato que merece. Na doutrina alemã, os §§

317-319, do Código Civil alemão, que cogitam das funções do terceiro

a que se atribuiu determinar a prestação, são invocados para as dos juizes dos concursos.

O juiz do concurso pratica ato de direito privado, se de direito privado o concurso, sem que tal ato seja negócio *jurídico.*

0 problema torna-se mais delicado quando o concurso é julgado, em virtude de cláusula expressa por pessoa incapaz *(e.* g., qual o brinquedo que a criança escolhe), ou, até, por animal (a respeito, por exemplo, de qual a comida que o animal prefere, dentre duas ou mais). A delicadeza é só aparente. Quem julga se a criança ou o animal preferiu não é a criança ou o animal, mas sim quem o declara. Aí, o ato do menor ou do animal é apenas ato-fato, que o juiz do concurso tem de apreciar.

2.EFICÁCIA DA DECISÃO DOS JUIZES DO CONCURSO. A decisão da pessoa designada ou de quem quer que seja o juiz do concurso obriga os interessados (cf. Código Civil alemão, § 584, alínea 2.‟). A *injustiça* dela não é suscetível de exame, salvo se há instância especial segundo o caráter dos concursos, como por vezes se dá. A atacabilidade é outro problema.

No direito alemão, é possível atacar a decisão em promessa ao público quando contrária à eqQidade (Código Civil alemão, § 660, 2.‟ alínea), mas, quanto ao concurso, não somente se exclui tal possibilidade de aplicação (PAn. OERTMÂNN, *Das Recht der SchuUverhãltnisse,* 391; KARL KOBER, *.1. v. Staudirc-.gera Komment ar,* TI, 2, 7.‟-8.‟ ed., 1257; diferente, F. Rzcmanan, *Civilistiache Erõrterungen,* 1, 203; H.

DERNBURO, *Das Rilroerliche Recht,* II, *2,* 588; *KAIu.* SCHLEICHER. *Di.e Lehre von der Auslobung,* 43) como se afastam a do § 138 referente à nulidade do ato contrário aos bons costumes e a do § 318, 2.‟ alínea, que, no caso de determinação da prestação confiada a terceiro por declaração de um dos contraentes, permite a discusão fundada em erro, simulação, violência ou dolo.

No direito brasileiro, cabem a ação fundada na injustiça, ou em nulidade, por ofensivo aos bons costumes o julgamento (art. 145, II), e a reclamação que se apresenta é fundada em princípios equivalentes aos do § 318, 2.‟ alínea, do Código Civil alemão. Podem circunstâncias mostrar que o julgamento é nulo por vício *pessoal* (loucura, suborno , etc.). O julgamento fora das normas também é atacado.

Surge o caso de *plagiato* ou outro motivo de se alegar *inistificaçao* .

Seria inexpugnável o juízo? A inatacabilidade seria repugnante: não poderia a lei pretender que se mantivesse o aplauso ou o prêmio à mentira. KARL KOBER <*J. v. Staudingers Konvment ar,* II, 2, 7.‟-83 ad., 1257) não vacilou em permitir que se impugne e anule a atribuição do prêmio.

3. REABERTURA DE CONCURSO E CLASSIFICAÇÃO QUALQUER QUE SEJA O NÚMERO DE

VENCEDORES. Se nenhum dos concorrentes merece o prêmio, pode dar-se que tenha de ser reaberto o concurso. A lei não cogitou das inaptidões, mas é possível que pela promessa, pela natureza do concurso, pelas circunstâncias, ou pelo costume não sejam aptos para o novo concurso os que foram desclassificados no primeiro. A regra jurídica de não reabertura do concurso se nenhum dos concorrentes vencesse o prêmio é de *ins dispositivwm.*

O anúncio ou cartaz do concurso pode prever que haja uma, duas ou mais reaberturas, no caso de ser desconstituido o julgamento, ou de serem desconstituidos os julgamentos sucessivos. Também é possível que se fixe que só uma reabertura é permitida, ou que só o são duas ou mais. Outrossim, é lícito considerar-se encerrado sem mais se poder abrir. Em todo o caso, se o julgador é o promitente, ou órgão ou preposto dele, é preciso que não tenha havido dolo, ou culpa de quem procedeu ao julgamento.

4. PLURALIDADE DE PRÉMIOS. Se forem muitos os prémios, serão distribuídos segundo o mérito (classificação) : ao melhor, o melhor prêmio; ao imediato, o segundo; e assim por diante. Sempre que há dois *iguais,* divide-se o prémio, ou recorre-se ao sorteio, conforme for divisível ou indivisível. Aqui, devemos ter em conta o seguinte: quando a igualdade se dá no mesmo grau ou prêmio (1.~, 2.0, 3$ prêmios) reputa-se indivisível sempre que, dividido o primeiro, segundo ou terceiro prêmios, a parte se tornar inferior ao prêmio imediato. Exemplo: são três os livros que concorrem e dois os prêmios. Ordem da classificação: 1.0 prêmio A e B (iguais), 2.0 prêmio C.

Valor do 19 prêmio, cinqüenta mil cruzeiros. Valor do 29 prêmio, trinta mil cruzeiros. O melhor critério a divisão seria injusto, porque os premiados no 1.0 lugar receberiam vinte e cinco mil cruzeiros, isto é, menos do que o livro inferior a ambos. O prêmio é, pois, indivisível. O sorteio dirá qual dos dois receberá a 1.0

prêmio e ao outro, que passou a ser *inferior* (pelo critério do sorteio),

cabe o segundo. Não há injustiça contra o terceiro concorrente, porque rigorosamente era o *terceiro* e não o *segundo* lugar que lhe cabia.

CAPITULO V

TRANSFERÊNCIAS CONSEQUENTES AO CONCURSO

§ 3.646. Obras e prêmios

1. PRECISÕES INDISPENSÁVEIS. Antes de quaisquer exames interpretativos do art. 1.517 do Código Civil, convém que advirtamos quanto à elipse que ressalta no falar comum, na legislação e na própria doutrina. “Obras premiadas” está em vez de obras cujos autores ou donos, ou pessoas, que com elas concorreram, conseguiram o prêmio ou classificação. O livro não é premiado, juridicamente. Premiado é o autor, ou o dono dele, ou quem podia, com ele, concorrer e concorreu, obtendo o prêmio ou classificação.

Na expressão “obras” incluem-se quaisquer prestações dos concorrentes: quer se trate de coisas, Sobre as quais incida o direito de propriedade (objetos, direitos de autor, etc.) ; quer se trate de serviços, informações, ou o que mais possa ser.

Só ficarão pertencendo, disse a lei, em termos gerais; não criou a dispositividade para os sós casos de domínio.

A cláusula deve ser incluída na promessa, e não posterior-mente, em nova declaração. Ao promitente não se reserva o direito de alterar a sua manifestação de vontade ao público, salvo se pode revogá-la e a fizer, de novo, pelos mesmos processos ou igual publicidade, o que, nas promessas do art. 1.514, pr., importaria nova promessa e, nos concursos, fora impossível, porque neles é pressuposto essencial a fixação de prazo <art.

1.516, pr.

O art. 1.517 refere-se a “obras premiadas”, de modo que se cogita do trabalho, ou da coisa, com que se houve o prêmio. Na promessa, o promitente pode estipular a irrestituição de tudo quanto concorrer, e não só do que se premiar. Às vezes Esse processo é apenas, essencialmente, o plano de exposição--feira, de certame, O

apurado paga o prêmio. Espécie de cooperativismo nas promessas públicas. Tais promessas nem repugnam ao direito brasileiro, nem aos costumes, nem se lhes deve regatear encômio. Se a promessa é louvável, quando tenha por fito incentivar o bem, a cultura, o comércio, as indústrias, não o é menos o concurso com o elemento cooperativo. Melhor do que aquele, evidencia o fato sociológico de solidariedade no trabalho, no progresso e na ciência. O concorrente leva o seu tributo de eficiência individual e, pelo ceder algo de seu, galardoa o tributo de eficiência *social.* Porque o máximo esforço é o coeficiente sociológico, nos concursos.

Nenhum outro fêz *tanto;* como todos poderiam fazê-lo, com o mesmo contingente de operosidade e inteligência, a seleção reduz-se a verificação social de poder.

2.LIMITES À INCIDÊNCIA DA REGRA JURÍDICA. O art. 1.517 refere-se a "obras", e não, particularmente, a ~„coisas~~ ou „atos". E obra tanto se chama o que, executado, forma objeto de direito Sobre *res corporalis,* ou *incorporalis,* quanto o que, imaterial, apenas representa a possibilidade de ganhos, de proveitos, ou a utilidade potencial, *e. g.,* invenção, quando no simples estado de *idéia* ou processo secreto de preparar aço, tecidos ou conservas, ou de fundir ferro.

Serviços, sim, entendem-se utilizados pelos promitentes, porque quem os presta os faz a alguém. Não assim, quanto ao que, embora fruto do esforço humano, suscita, em relação ao esforço em si, uma como *espécie nova; e.* g., Sociedade de Agricultura promete alguns milhões de~ cruzeiros a quem inventar a melhor fórmula de remédio contra as lagartas róseas:

alguém inicia os estudos e experiências; e descobre a fórmula do melhor veneno. No dia designado, comparece, e exibe-a. Dão-lhe o prêmio, após as verificações. A fórmula não pertence à Sociedade: não lha transferiu o descobridor; o prêmio pagou (digamos, quase na teoria de JOsEF KoHLn) o serviço prestado

* sociedade, à agricultura, à economia nacional: não *pagou* a invenção, a descoberta.

Não se daria o mesmo noutras espécies, como a que expomos em seguida: "Daremos o prêmio x a quem nos ensinar o mais presto processo de imunização de cereais", O concorrente não tem de descobrir; o que em verdade se lhe exige, para fazer jus ao quanto do prêmio, é apenas o ato de ensinar: nem se lhe pressupõe o ser

descobridor ou proprietário do invento, nem qualquer outra situação de exclusividade jurídica. Ciente, o promitente poderia utilizar o processo, se ninguém tivesse patente; porém, em relação ao próprio informante, não o pode, se existir patente do invento.

Houve, pois, gradação entre os exemplos que referimos.

Passemos a outro, em que a *espécie nova* não pertence ao concorrente, embora pareça: queremos saber quem fará, em nosso terreno, o melhor plantio, e fornecemos sementes. Pagaremos prêmio ao que melhor o fizer.

Vários levam a cabo a plantação ou semeadura; e escolhe-se a melhor, para se premiar o plantador, ou semeador, com a quantia. Houve concurso de serviço: prestaram-no os plantadores ou semeadores, e decidiu-se qual deles seria o premiado. Os concorrentes deveriam prever que se teve por intuito receber serviço, e evitar o concurso de plantações *alheias.*

§ 3.647. Obras, se o concurso se refere a elas

1. O concurso pode não ser de obras, mas sim de atos, como o concurso de provas orais ou escritas ou o concurso de títulos.

O art. 1.517 do Código Civil só se refere ao concurso de obras, quaisquer que sejam (literárias, científicas, industriais).

As obras são, de ordinário, bens móveis; por isso exigem a tradição para que se transfira o domínio. No apresentar e entregar a obra, a fim de proceder-se ao julgamento, há tradição; mas essa pode ser simples, *nuda traditio,* e, em vez do domínio, apenas se transferiu a posse imediata imprópria. A indagação pode complicar-se, na espécie, pois o concorrente entregou o bem por uma *causa,* e o promitente pretende que essa entrega bastasse, como elemento para transmissão do domínio. Então o seu raciocínio seria.: "A tradição de ai só não gera o domínio; mas opera a transmutação do direito pessoal, oriundo do contrato ou da declaração unilateral , em direito real. Se prometi e vindes cobrar-me o prêmio, pois que executastes a obra, é que prestastes o que exigi e eu vos devo & minha prestação". As questões seriam infindáveis; porque o executante replicaria:

"Dei-vos, sim, a obra, que fiz: não a alienei; passei a vós a posse imediata imprópria, a fim de que os vossos juizes ou vós proferísseis o vosso parecer. Abristes concurso, anunciastes prêmio, não publicastes simples *invitatio ad olferendum,* pela qual eu vos viesse vender obra

feita, ou executar, para vós, alguma empreitada".

Só um meio se tem para se solverem as questões: interpretar-se o ato de promessa. Convenhamos que muito deixaria a desejar o emprego de tal processo, com as controvérsias e incidentes. Foi por isso que o Código Civil alemão e a lei civil brasileira, art. 1.517, estabeleceram, sabiamente , regra jurídica dispositiva: a de que, nos concursos, se tem por intransferido, salvo disposição em contrário, o domínio das coisas prestadas, e Inapropriados pelo promitente os direitos que da obra decorrerem. Se A não declara que o objeto exposto e premiado lhe pertencerá, ou que da execução tirará todas as utilidades, não pode A reputar-se legitimado a ficar com ela, ou excluir o concorrente nos direitos Sobre o ato prestado, nem ter-se como legitimado a exigir-lhos.

Os casos concretos melhor exemplificam: no anúncio promete-se certa quantia a quem fizer o mais belo jarro, na exposição de indústria cerâmica, O ceramista A exibe um; e ganha o prêmio. ~ O expositor conserva a propriedade, ou ela passa ao promitente, desde que Esse pagou o prêmio? Eis aí um dos pontos em que falha a teoria de JOSEF KOHLER, que reduzia as promessas com prestações remuneratórias a contratos de obra (empreitada), bem que contrato de obras *sui generis.* Se assim fosse , presumir-se-ia operada a transferência do domínio, pois que ninguém empreita para que o empreiteiro fique com a obra. Outra é a situação que a lei, atendendo à natureza da promessa em concurso, deixou assente no art. 1.517.

Ocorre por vezes não existir *espécie nova,* mas serviços puros, como se dá, quase sempre, nas promessas sem concurso, e é fácil explicar-se nos casos dos arts. 1.516 e 1.517. Casa comercial, onde houve roubo, promete dez mil cruzeiros a quem *melhor* informação der do ladrão: estabelece-se, dir-se-á, concurso de serviços.

Todas as indicações são recebidas, e verificadas; quem levar a bom êxito as pesquisas, direito terá *à* recompensa. Mas a figura é a da promessa de recompensa, não a do concurso.

2. PRESSUPOSTOS DA TRANSFERÊNCIA. Praticamente , o caminho de exegese foi-nos aberto pelos dados que acima juntamos. Todavia, ainda se faz preciso notar, com especial cuidado: a) A declaração prévia de que o domínio da obra passará ao promitente só surtirá o efeito de efetiva transferência do domínio, se, para isso, e conforme os princípios do direito comum, o escrito particular e a tradição bastarem. Em relação à vincularidade e à obrigatoriedade tem-se no

anúncio a promessa. Quanto à transferência, a cláusula constitui *invitatio ad offerendum.* A situação é dupla, bem que impartível: obrigação do promitente (negócio jurídico unilateral), alienação por parte do concorrente (declaração para acordo de transmissão). Essa alheação da propriedade tem de fazer-se na conformidade das regras gerais do direito respectivo. Há a exigência de *titulo* e *forma hábil,* de modo que não se pode considerar transferido, pelo simples fato de apresentar-se o concorrente e de *entregar a* obra, o domínio de bem imóvel, cujo valor exceda do limite legal (Código Civil, art. 134, II).

b) O concorrente que exibiu ou fêz a obra e recusa-se a passar o instrumento, público ou particular, necessário à transferência do domínio responde por perdas e danos. Com a declaração para a inscrição no concurso e pelo prestar a obra, a fim de obter o prêmio, obrigou-se nos mesmíssimos termos do anuncio. A sua aceitação expressa-se no fato de inscrever-se, de apresentar-se. Todavia, não se pense em bilateralizada promessa de prêmio ou julgamento. A submissão do concorrente à cláusula de transferência da obra é em negócio jurídico bilateral, sim, mas simples elemento para a inscrição, algo semelhante às taxas que se pagam para que se ponham no rol dos concorrentes os interessados que se apresentam.

c) A prova testemunhal só se admite, quando exclusiva, nos contratos, cujo valor não passe de dez mil cruzeiros (Código Civil, art. 141). Pergunta-se: ~ o atendimento do concorrente à declaração do promitente precisa ser provado documental-mente, ou é bastante a prova testemunhal exclusiva?

A questão perde todo o interesse, se, ao suscitá-la, o concorrente declara ter concorrido. Porque concorrer, aí, supõe ter ofertado, e na oferta se vai à formação das duas situações: a obrigativa, para o promitente, e a transíativa, para o concorrente. O promitente já estava vinculado.

O *uniu ex publico* pode contestar o haver concorrido, e então nega inteiramente a inscrição, em seu caráter duplo: obrigativo para um; e para outro, porque o subordina a transíação do domínio de coisa sua, O que não pode é inscrever-se em parte, ou com atenuações. A promessa é indivisível; a cláusula do anúncio relativa à transferência de domínio não toca a novo negócio, embora simples cláusula da promessa. A inscrição, pelo concorrente, estabelece situação de contrato; ambos se obrigam; ainda que, ao nascerem as obrigações, investindo a um e outro de direitos, a entrega anterior e o premiar (pressuposto da transferência) componham a figura do pagamento. Nos bens móveis, por exemplo, feita a tradição e premiado o tradente,

a transferência simultaneamente se opera e o concorrente tem apenas o direito ao prêmio.

A questão capital, para a verificação de admitir-se, ou não, a prova testemunhal exclusiva, quando o concorrente nega o ter concorrido, está em examinarem-se as circunstâncias em que se fêz a tradição da posse. Se a inscrição se fazia mediante documento escrito do concorrente, Esse é necessário para que valha qualquer inscrição. Se o promitente do domínio descurou de exigir inscrição, ficaria de certo prejudicado pelo fato de não haver prova escrita, mesmo inicial (começo de prova, *cf.* Código Civil, art. 141, parágrafo único), se a promessa fosse convenção com todos ou com um dos concorrentes. E já vimos que isso não se dá.

O concorrente pratica, a seu líbito , ato de que advém obrigação para si e para outrem. Esse ato fica subordinado aos princípios gerais do direito; mas, porque o Código Civil, art. 1.517, contém regra jurídica dispositiva, não se pode manter em seu rigorismo a proibição da prova testemunhal: na prova de *ter* concorrido não se quer assentar a *existência* de convenção, mas o *fato.* O pagamento está sujeito à regra do art. 141, mas, no executar a obra, o concorrente não *paga,* concorre, pratica ato de inscrição, que se expressaria, muita vez, no simples executar. Se insciente da promessa de recompensa, haveria o direito de cobrar o prêmio; não estaria obrigado, antes, a transferir o domínio da coisa premiada. No concurso, porém, ele, ciente, executa e se submete às provas eliminatórias ou selecionantes, ainda que o concurso seja a respeito de *coisas,* uma das quais é a dele. Tem-se de presumir que a pessoa concorreu, pois que tal é o *quod pterurn que fit;* a prova do contrário é que lhe incumbe. E ele a fará, se quiser, por todos os meios de direito (Código Civil, art. 136). Trata-se de prova de fato: não ter feito a tradição com o *intuito* de concorrer; não ter o promitente a posse A, mas a posse B. Revidará Esse com outros argumentos e provas; porém, como se lhe presume a posse para o concurso e Esse se fêz nos termos do anúncio, em que se estipulou a transferência do domínio, a sua situação é a de parte em defensiva: o seu esforço, o de destruir a prova contrária, e não o de produzir a *sua.*

O concorrente pode alegar, e então não se cogitará da inexistência, mas da invalidade da oferta, erro, dolo, simulação, ou outro vício. Os efeitos são os que se produzem em todos os atos jurídicos . Decretada a nulidade ou a anulação do ato do concorrente, continua a obrigatoriedade da promessa. Com os mesmos inscritos no prazo, procede-se a novo concurso.

Se a invalidade foi alegada pelo promitente, decretada a nulidade ou

anulado o ato, cabe-lhe o direito a perdas e danos, inclusive a indenização das despesas com a efetuação do novo certame, com que se terá de desobrigar para com os inscritos validamente .

As questões de incapacidade, já as versamos, anteriormente, e bem assim as de ilicitude. As regras jurídicas são, em principio, as mesmas para o promitente e para o concorrente.

§ 3.648. Regras jurídicas concernentes aos concursos para publicações periódicas 1.REVISTAS E OUTROS PERIÓDICOS. Quando o concurso é de artigo ou dissertação para revista, ou outra espécie de periódico <promitente), deve-se entender que o concorrente vencedor cede ã mesma revista o direito autoral de primeira publicação. Não se trata de propriedade literária propriamente dita, mas de providência que atende, imediatamente, a especiais interesses das publicações periódicas <jornais e revistas).

A cessão dos artigos jornalísticos, estatui o art. 659, parágrafo único, do Código Civil, não produz efeito, salvo convenção em contrário, além do prazo de vinte dias, a contar da sua publicação. Findo ele, recobra o autor, em toda a plenitude, o seu direito. No caso de concurso, o fim é a *publicação* e como aquela cessão se opera, por tempo de vinte dias, independentemente de convenção, é óbvio que se transfira o direito de publicação do trabalho premiado nos termos do art. 659. A cláusula de transferência só seria necessária para transferir a *propriedade* da obra; isto é, o direito exclusivo de a reproduzir em qualquer tempo, ou para a transferência da propriedade com condição resolutiva.

Se dois ou mais forem os autores, o prêmio pertencerá a todos, *em partes iguais* (arg. ao Código Civil, art.

653), e será dividido, ou não, conforme o possa ou não o possa ser. Se falece algum dos colaboradores sem herdeiros ou sucessores, o direito dele acresce aos sobreviventes <Código Civil, art. 653, parágrafo único).

&Com quem fica o prêmio indivisível? Se estiverem de acordo os interessados, *Militar quaestio.* Se discordarem, decide a maioria numérica. No caso de empate? O juiz, a requerimento de qualquer deles. É a aplicação analógica do art. 654 do Código Civil. Sobre o art. 659 e parágrafo único, Tomo XVI, §§ 1.846, 3, 1.847, 1 e 4, 1.857, 1 e 8, 1.858, 1, 1.864, 3, 1.894, 2, 1.898, 4.

Para concorrer, podem não estar de acordo os colaboradores. Também cabe- decidir a maioria numérica e, no caso de empúte, o juiz, de conformidade com o art. 654.

2.PARTICULARIDADE. Pode resultar da natureza da *espécie* de promessa ao público, inclusive do concurso, do *conteúdo* da declaração de vontade, ou das circunstâncias a *transferência* da propriedade do trabalho com que se concorre (MAX GtYNTHER, *lhe Auslobung naek dem BGR.,* 53), e mais ainda: *todos* ou *somente o que obtiver o prémio* . Damos dois exemplos: a) Livreiro deseja publicar antologia dos escritores nacionais *ainda vivos* e deixa aos autores a escolha dos textos que devem ser incluídos. Apontados os excertos, que hão de ser publicados na coleção, cabe o prêmio de cem mil cruzeiros ao que for designado como o *mais perfeito no estilo.* No caso de fragmentos de livro, seria inexpressivo o exemplo, porque o editor, por si só, poderia extrai-los e publicá-los (Código Civil, art.

666). Imaginemos que se trata de peças inteiras ou de livros completos: não seria possível invocar-se o art.

666, 1, do Código Civil. Então, o promitente adquiriria o direito à publicação dos trabalhos.

b) No caso a), o direito de publicação abrange todos os trabalhos que concorreram. Se não é de antologia que se trata, e sim de *edição luxuosa* de um só dos trabalhos (o premiado), não há dúvida que se não transfere a propriedade, ou o direito de publicar todos, e sim apenas o recompensado, se, conforme temos admitido, dos textos da declaração, do conteúdo dela, da natureza da promessa, ou das circunstâncias resulta a transferência ou a obrigação de propriedade literária.

1. CONCURSOS DE DISPUTA DURADOURA. Bem que tenha de haver prazo para os concursos, há feitos que independem de tempo. Assim, se alguma vez houve campeonato de navegação a vela, ou a motor, do Rio de Janeiro a Santos e alguém foi proclamado campeão, depende de *publicidade* a disputa pelo tempo menor, abstraindo-se dos fatôres atmosféricos, com a proclamação da vitória de quem se apresente, a qualquer momento, para vencer quem antes vencera. A comunicação, pelo menos, à sociedade ou instituição que conferira o título é indispensável. Alguém há de *julgar.* Sem o julgamento, não se pode conferir o título, que, *ex hypothesi,* se disputa *in abstrtictei,* contra campeão que talvez já haja falecido, ou faleça no intervalo, ou não

mais possa competir.

Tal concurso é de competição verificável por indicações numéricas e em verdade pode não haver, no momento, concorrentes. Há-os no passado. Havê-los-á no futuro.

2.PÚBLIcO E DISPUTA POR SUPERAR TITULO CONFERIDO. Quem se prontifica a fazer a volta ao mundo, de avião, em menor tempo do que a pessoa que até o momento a fizera, como campeão, como que se faz destinatário de promessa que o público, ou alguma instituição, fizera ao próprio público. O ato do aviador tem de ser julgado e o julgamento é atacável por alguém que alegue e prove ser interessado.

A construção jurídica é a de concorrência sempre aberta, em que não há exigência da simultaneidade dos atos, positivos ou negativos, dos concorrentes. Hoje, A alcança a velocidade máxima; amanhã B; depois, C.

Não se pode deixar de levar em conta a supervenciência do ato e, com ela, a suplantação eventual do título de campeão. Suplantação *ex nuno,* isto é, desde o momento em que se obteve mais do que antes se obtivera.

Quem foi campeão não o deixa de ser *no passado.* No presente, sim: B cortou, desde hoje, a projeção temporal do título. Não se cancela, no passado, o titulo; cessa, porém, a repercussão desde agora e no futuro.

É digno de observar-se que A e B podem ser a mesma pessoa. Foi A o campeão, até hoje; E, que pode ser A, é o campeão de agora em diante.

CAPITULO VI

AÇÕES DOS INTERESSADOS, AÇÕES DO VENCEDOR NO CONCURSO OU DOS VENCEDORES

NO CONCURSO

§ 3.650. Ações dos interessados, antes do concurso

1.VINCULARIDADE E PÚBLICO INTERESSADO. O assunto,. de que aqui vamos tratar, é o *punotum dotiens* da doutrina das declarações unilaterais de vontade. A ele já nos referimos e estranhamos que, na doutrina, não se haja prestado atenção- a Esse problema crucial.

A declaração unilateral de vontade vincula. Se alguém,. elemento do circulo a que ela se dirigiu, pratica o ato, positivo ou negativo, ou obtém classificação, ou toma posse do titulo, faz-se titular da *pretensão* contra o promitente. Tudo isso foi assente no desenrolar da exposição de todos os institutos a que aludimos, ou foram regulados pela lei. Mas o assunto que aqui nos interessa é outro: Tem alguém, que seja do público, sem *ainda* se ter posto à tona digamos assim pela prática do ato, positivo ou negativo, ou pela tomada de posse do titulo, pretensão e ação para exigir que se proceda à apreciação do ato recompensável, ou ao julgamento do concurso, ou a algum ato necessário ao adimplemento futuro do que se promete no titulo?

Não se cogita de ação condenatória por inadimplemento" da. obrigação de prestar a recompensa, ou o prêmio, ou o que se promete no titulo; mas sim de ação *anterior* ao nascimento dessas obrigações.

No tocante aos concursos, pode o promitente não o ter iniciado, ou não ter iniciado o que seria de mister à sua abertura. O público não ainda o *unis ex publico,* expressão que reservamos a quem se faz titular do direito e da pretensão à recompensa, ou ao prêmio, ou ao adimplemento do título tem interesse em que o concurso se faça. Qualquer pessoa do circulo a que a promessa se dirigido pode pedir *preceito comina-. tório* contra o promitente e, até, se ocorre algum dos casos do ad. 675 do Código de Processo Civil, *medida preventiva.* Se o promitente deixou passar o tempo para poder realizar-se o concurso, a ação contra ele é similar à ação por *culpa in contrahendo,* sem que com ela se identifique. t a ação por *culpa in promittendo*

2.NÃO-REALIZAÇÃO DO CONCURSO. A situação que se estabelece com a não-realização do concurso, por culpa do promitente, atinge o público, os interessados que com isso foram ofendidos, muito embora ainda não lhes houvessem nascido pretensão e ação por inadimplemento da recompensa ou prêmio prometido. A natureza das ações, porque ambas são por falta do promitente, sugere que as examinemos comparativamente.

O preceito cominatório pode evitar que se dê o retardamento ou a

inexecução. Segurança contra isso traria a medida cautelar que fosse melhor para as circunstâncias.

A simples consideração dEsse momento anterior à pretensão ao adimplemento da obrigação de premiar ou de classificar mostra que o vinculo entre o promitente e o público *existe,* e dele se podem irradiar pretensões e ações que se não confundem com as pretensões e as ações nascidas ao *unus ex publico,* isto é, a quem já fêz jus ao recebimento do prêmio ou ao lugar na classificação.

O ato pelo qual o Poder Executivo e, similarmente, a diretoria de sociedade, em virtude de lei ou decisão competente, provê ao cargo ou função vaga por nomeação sem concurso, não constitui anomalia jurídica.

Politicamente, sim, porque rompe a continuidade do sistema. Os candidatos a futuros concursos não ficaram lesados com isso, principalmente se a cadeira de professor ou o cargo, emprego ou posto for de criação nova.

Na realidade, escrevia DALLOZ *(Répertoire inéth,odique alphizbétique de Législation, de Doctrine et de Jurisprudente,* 34, □

2 a parte, 1419), trata-se de ato de pura administração, e não há nenhum direito subjetivo que a nova lei fira ou o ato da sociedade ou particular postergue. Mas pode havê-lo. Os atos do Poder Executivo, ainda autorizados por lei, pelos quais nomeia um ou mais professores para a Faculdade de Direito, por exemplo, depois de aberto o concurso e inscritos os candidatos, põem o Estado na situação de responder pelos danos e despesas que fizerem os pretendentes, se foram iniciadas as provas. Aí, além do desembolso das quantias para o preparo de papéis e a inscrição, há o coeficiente das perdas e danos. Se há Constituição ou lei que impõe o concurso, tudo muda de figura. Há a ação desconstitutiva do ato do Poder Executivo; há a ação de preceito cominatório, como pode haver a ação de mandado de segurança.

As considerações que acima foram feitas põem cm foco a diferença entre os sistemas jurídicos que têm a exigência do concurso em regra jurídica constitucional, ou simplesmente legal, e os que não a têm. *A priori,* não há direito do público a que se abra concurso, a que se preceda a concurso, a que se não nomeie, ou não se promova sem concurso; a *posteriori* depende da existência de tal regra jurídica. A diferença cresce. de ponto em sistema jurídico, como o brasileiro, que tem a regra jurídica do art. 141, § 4□O, da Constituição de 1946.

1. NÃO - REALIZAÇÃO DO CONCURSO E REALIZAÇÃO SEM ADIMPLEMENTO. ~ Podem os concorrentes acionar, utilmente , a pessoa física ou jurídica, que prometeu, quando essa, ao final, *não deu o prémio a ninguém,* ou *retardou a paga?* A questão não é uma só; e devemos responder, separadamente.

(a) O promitente pode reputar sem os pressupostos todos os concorrentes, se está em pendência exame subjetivo. Chamamos exame subjetivo ao que pressupõe opinião quanto à suficiência intelectual ou cultural dos candidatos, *e. g.,* nos concursos de Faculdades, para preenchimento de cátedras. Não se dá o mesmo quando se trata do *melhor,* sem prévio aviso ou indicação intrínseca de que o promitente pode recusar a todos, se lhe não satisfizer nenhuma prova. A declaração expressa ou a natureza da promessa faz-se mister; na falta, entende-se que se não acautelou o promitente; porque a forma simples do concurso é aquela em que um dos concorrentes necessariamente tirará o prêmio. A outra é complexa; contém a exigência de ser *melhor,* mas submete a sua suficiência ao pressuposto de, por si só, fora de comparações, satisfazer ao promitente, ou ao terceiro ou terceiros, a quem se cometeu o julgamento.

Todavia, a justiça não pode ser empanada pelo arbítrio absoluto. Se o promitente causa dano por sua conduta desleal, têm aplicação os princípios comuns de responsabilidade. No direito civil alemão, faz-se a interpretação, a revelação do direito, pela alusão ao Código Civil alemão, § 276, em que se estatui responder o devedor, se o contrário não se estipulou, por seus atos intencionais e por sua negligência (II. DERNEURC, *Das .Biirgerliche Recht,* II, *2,* 548).

No direito brasileiro, os princípios aplicáveis acham-se no Código Civil, arts. 863-915, conforme for de coisa certa ou incerta, de fazer ou de não-fazer, a obrigação oriunda da promessa. Cumpre, porém, notar-se, que a decisão em favor de um dos concorrentes nem sempre lhe reconhece o direito ao prêmio, senão em circunstâncias especialíssimas, como se a ele já cabe, de direito, o prêmio. Em tal hipótese, os outros nenhum direito têm. Mas pode acontecer que se prove o dano e não seja possível verificar-se o vencedor. Então, a responsabilidade não é a contratual, o que daria direito ao equivalente do prêmio, *mais pelas perdas e danos;* é regida diretamente pelo instituto comum das indenizações. Houve direito ofendido, mas não se pode afirmar que houve dívida não paga. Responsabilidade simétrica à

da *culpa in contrahendo.* Assim, ressarcidas devem ser as despesas inutilmente feitas pelos concorrentes e os prejuízos mesmos que lhe advieram, mas, na hipótese, nenhum direito tem ele ao quanto do prêmio, ou ao prêmio de coisa certa, ou de ato positivo ou negativo.

(b)A outra questão é a do *retardamento.* Resolve-se pelo direito comum. Desde que se procedeu à escolha, o prêmio é devido, se não se fixou data certa, ou se não se devem observar formas regulamentares, trâmites necessários, O retardamento é a *mora debendi;* já então o promitente está em relação direta com o executante e beneficiário. O contrato entre eles já se perfez: um é credor, e o outro, devedor, para todos os efeitos de direito.

Além das duas questões acima, outra nos lembra: se o promitente se desinteressa do concurso e por sua culpa ou negligência não se procede a ele. O candidato executante apresenta-se: ou lhe será dito que não podem ser tomadas as inscrições, e teremos, aí, "revogação" de promessa, com as suas conseqüências de obrigar o autor a ressarcimento; ou será inscrito, e desde aí é evidente o seu direito subjetivo e os derivados de tal situação, como o de cobrar perdas e danos, em caso de suspensão além do prazo marcado. A indenização é somente a que se deve de conformidade com os arts. 150 e 1.518 do Código Civil; não porque não houvesse ainda entre o declarante e o que se apresentou relação direta, pois a hipótese é a do candidato *executante,* e sim porque, a crer-se num *vinculum,* como é mister, a obrigação seria de manter, preformal da outra, obrigação de dar coisa certa. Nos concursos em que a inscrição não pressupõe execução, mas promessa de executar, *e. g.,* naqueles que se efetuam para os cargos públicos, o concorrente entrou apenas em uma das fases, fêz-se "concorrente", e como tal não lhe assiste direito a ressarcimento que ao das estritas despesas de inscrição, sem o qual o promitente se enriqueceria indevidamente. É uma das aplicações da ação por *culpa in promittendo.*

Referimos as espécies em que à natureza do concurso ou às circunstâncias, em que se abriu, repugna o arbítrio de insatisfação. Um jornal que promete assinatura de cinco anos a quem lhe enviar o melhor conto de Natal não pode alegar que todos não serviram, salvo se ficou reservada, expressamente. essa faculdade.

Igualmente quando se promete prêmio ao aluno que melhores notas tiver durante o ano. Ainda que a média seja ínfima , o que a teve maior faz jus à recompensa. Vem a propósito observar que os estatutos dos colégios, ginásios, etc., contêm promessas ao público, vinculativas; e obrigam aos proprietários, pelo teor delas. A história literária

contém exemplo ilustre de concurso em que se não deferiu a ninguém o prêmio prometido. A Sociedade Real das Ciências da Dinamarca pôs em concurso a seguinte questão, em 1887: „¶~ A fonte e o fundamento da filosofia moral devem ser procurados, se os tivermos de explicar, em idéia de moralidade que seja imediatamente contida na consciência, ou em qualquer outro princípio de conhecimento?" O único a remeter memória foi ARTHUR SCHOPENHATJER, e está aí o seu livro *Sobre o Fundamento da Moral,* pelo qual podemos verificar fàcilmente se fêz ou não jus ao prêmio. A Sociedade Real de Ciências, com simplicidade notável, expendeu o seu parecer: *Premio digna judicare nequivi,nus;* e em termos brevíssimos, deu por ultimado o juízo. Análise do livro, nenhuma. Alguns dados críticos, injustos. Se a Sociedade se houvesse reservado, no atual direito brasileiro, o arbítrio de julgar, bem. Não o reservara; e proferiu julgamento com atitude categórica e desconcertante. ARTHUR SCHOPENHAUER doeu-se, e consolou-se com escrever, sob o titulo do livro *(tYber das Fundament der Moral),* a indicação: *Memória não coroada pela Sociedade Real das Ciências,* etc. Juridicamente, ~ poderia ele impugnar o ato injusto? Cumpriria atender aos termos do pedido; e a Sociedade não exigiu ficasse *provado,* em absoluto, o fundamento da moral (santa ingenuidade!), como quis dar por decisivo em seu parecer final: apenas, no anúncio, requeria que a questão fosse cuidadosamente meditada e tratada: "cupit Societas, ut accurate haec quaestio perpendatur et periractetur". Ora, AL „rHIJR SCHOPENHAUn adquirira direito ao prêmio: executara a obra. Desde que fosse a juízo e provasse a má fé da promitente <ou as suas irredutibilidades de pensamento, lesivas no dizer das obras alheias) teria ganho de causa. E, verdade verdade, lá está no fim da decisão da Sociedade Real da Dinamarca a razão da antipatia dos juizes dânios: o pessimista alemão mencionava os principais filósofos de hoje com inconveniência capaz de ofendê-los direta e gravemente". Aliás, o latim foi mais expressivo:

"neque reticendum videtur, priores recentioris aetatis summos philosophos tam indecenter commemorari, ut iustam et gravem offensionem habeat". A Sociedade danesa poderia opor: a) que o filósofo conhecia a idéia de seus membros, e estava ciente da verdadeira interpretação do anúncio; *b)* que o seu fim foi prático, e o especulativo da tese simples pretexta para dar fundamento filosófico à moralidade.

o satisfez incompletamente (adimplemento ruim), tem o *unus ex publico* a ação de preceito cominatório, ou, se os pressupostos se compõem, a ação de mandado de segurança. As ações preventivas são utilizáveis. Bem assim, as ações de posse, se o premiado entregara bem que lhe deveria ser restituído. Se o concurso fora concebido de

modo que o prêmio automàticamente passaria à esfera jurídica do *unus ex publico,* tem Esse a ação de posse, que pode ser, eventualmente, a de esbulho.

2.AÇÕES PREVENTIVAS E PRECEITUAIS; AÇÕES MANDAMENTAIS E DE POSSE. Pelo fato do não adimplemento, por parte do promitente, que deixou de satisfazer o *unia ez publico,* ou só CAPiTULO VII

CONCLUSÃO

§ 3.652. Vincularidade do ato unilateral

1.PERSPECTIVA. A atenção aos negócios jurídicos unilaterais é relativamente recente. Só se mencionavam os negócios jurídicos bilaterais e plurilaterais. Não se pesquisavam os suportes fácticos em que só se poderia encontrar uma manifestação de vontade. Pensava-se mesmo que ao *negotium* seria de mister o consentimento de outrem. Só o acordo dos Interessados poderia modificar o mundo jurídico.

A própria unilateralidade, gritante, do testamento não era vista em sua significação dogmática. Nem a da renuncia ao domínio e a direito real limitado, ou a outro direito, nem a outorga de poder ou de autorização, nem a ratificação ou a aprovação. Tão-pouco se haviam versado os assuntos que se prendiam à estrutura dos direitos formativos (constitutivos, modificativos e extintivos) e ao seu próprio exercício, puramente unilateral.

Além disso, o fato de haver negócios jurídicos unilaterais que atingem a esfera jurídica de outrem, exigindo, às vOzes, apenas a recepticiedade da manifestação de vontade, perturbava muitos espíritos que ai viam a bilateralidade. Ora, tais negócios jurídicos se constituem e têm efeitos *antes* e *sem* a intervenção da vontade de outrem.

Se alguém, que se diz com poderes de representação, conclui negócio jurídico unilateral que tenha de ser *recebido* por outra pessoa e essoutra pessoa o recebe sem alegar, desde logo, a falta de poderes , obriga-se o promitente perante a pessoa que recebeu a manifestação de vontade (Código Civil, art. 1.305) *aliter,* se o negócio jurídico é bilateral, porque rege, então, o art. 1.306 (cp. art. 1.296).

No caso de direito de resolução mediante certa prestação, se o outro

figurante do negócio jurídico bilateral se recusa a receber, não se dá, desde logo, a resolução, porque se teria de consignar em pagamento. A denúncia ou a interpelação pelo cessionário é ineficaz se feita sem a apresentação do título, uma vez que o devedor a impugna desde logo. Nenhum dEsses fatos importa bilateralização do negócio jurídico. Isso não quer dizer que não possam os interessados chegar aos *mesmos resultados* do negócio jurídico unilateral mediante negócio jurídico bilateral *(e.* g., em vez da promessa de recompensa, unilateral, aos sócios do clube, o contrato entre o promitente e os sócios aderentes ao que assinou o instrumento do negócio jurídico bilateral).

Esse é ponto assaz importante: não se pode, em todas as espécies, prometer unilateralmente se o negócio jurídico sói ser bilateral, mas, de ordinário, é permitido bilateralizar-se o que se costuma prometer unilateralmente *(principio da bilateralizabiudade)* Nos casos em que a locação ou outro contrato pode cessar pela denúncia, ou pela resolução, podem os interessados acordar na cessação da relação jurídica por meio de *distrato* (= extinção *contrario consensu).* Mas aí, nao se faz bilateral a denúncia, ou a resolução, ainda que se aluda à razão que levou o prejudicado a consentir no distrato. Se a denúncia seria denúncia cheia, com eficácia *ex tune,* o distrato, que se faz anterior à sua conclusão a extinção, não bilateraliza a denúncia, apenas adota *motivo* para a distratação. O negócio jurídico bilateral pode ter o efeito da interpelação, ou da denúncia, ou do exercício do direito de resolução.

2.UNILATERALIDADE E VINCULAÇÃO . O que importa, quando se cogita de investigar o que é que se passa com as promessas de recompensa, os títulos ao portador e outros institutos semelhantes, é frisar-se que há momento anterior a qualquer manifestação de vontade de outrem em que já existe vinculação , já existe o efeito mínimo. Mesmo em se tratando de promessa de recompensa que ainda possa ser revogada, pode ocorrer fato que faça nascer a pretensão e, com ela, a irrevogabilidade .

A direção da vontade a “quem quer que seja” unilateraliza (z faz suficiente a manifestação unilateral de vontade). As teorias contratualisticas foram suplantadas, definitivamente. Apresentaram a artificialidade de, contra os fatos, procurar outra manifestação de vontade, que então fizesse o papel de “aceitação Se o promitente se reservou a revogabilidade, tal revogação somente pode ocorrer se ainda não exsurgiu a situação ou fato de que depende o nascimento da pretensão. Mesmo aí, responde pela *culpa in promittendo, à* semelhança do que se passa com as ofertas.

Ficou o vicio de só se entender promessa de recompensa a promessa de recompensa feita ao público, e como a promessa de concurso, declaração unilateral de vontade, somente a que se faz a pessoa incerta *e não conhecida.* A promessa de recompensa pode ser a pessoa determinada e conhecida, mesmo uni-lateralmente.

Não é doação. Se A promete um avião ao aviador que saiu hoje para a África se ele chegar no tempo que fixou, A está vinculado ao que prometeu, mesmo se o aviador não conhecia, durante a viagem, a promessa de recompensa. Essa promessa pode ser por escritura pública, ou por instrumento particular, com as formalidades legais, ou publicada nos jornais, ou no quadro do clube, ou na sociedade de aviadores, ou feita por telegrama ao aviador, ou às autoridades do lugar da chegada, ou à agência de navegação aérea.

É ridículo que se pretenda, no século XX, que só seja vinculante a promessa de prêmio à maneira romana.

§ 3.653. Problema técnico da revogabilidade

1. REvOCABILIDADE E REVOGAÇÃO . A "revogação", se alguma causa justa ocorreu, em se tratando de promessa de recompensa, ou de concurso, se irrevogável a declaração unilateral de vontade, não é, verdadeiramente, revogação. Não se revoga o irrevogável. Se é irretirável a *voz,* isso ocorre porque se fechou o suporte fáctico: não há por onde outra *voz* entre, para retirar a que se lançara.

Pode ocorrer que o promitente, ou na promessa de recompensa a concursal, ou no concurso, conheça o novo estado de coisas, as circunstâncias novas, e queira evitar que se produzam danos a alguém do público. Então, a providência que ele toma é a de aviso ao público, para que não se ignore que desde o momento da publicação o promitente não *pode* mais cumprir o prometido. Os danos causados continuam inderjizáveis ; outrossim, os danos que não mais poderiam ser evitados. Não há, ai, revogação do irrevogável, o que seria contradição gritante.

A revogação supõe , conforme temos frisado, que haja abertura no suporte fáctico do negócio jurídico.

Falou-se de revogação como ato contra efeitos, em vez de ato contra a declaração mesma, erro, por exemplo, de SALVÂTORE ROMANO *(La Revoca degli atti giuridici priva ti,* 59: certo, FRANCESCO

SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generale dei Dirilto ciziiel,* 197).

No direito italiano de hoje (Código Civil italiano, art. 1.990), permite-se a revogação por justa causa, a despeito do termo negocial ou legal (art. 1.989), salvo "se la situazione", diz o art. 1.990, "prevista neila promessa si é già verificata o se l"azione é già stata compiuta". O art. 1.990 tem dois inconvenientes, o de referir-se à justa causa, para permitir a revogação do irrevogável, e o de somente proteger quem já praticou o ato, ou se a situação, que fora prevista na promessa, já se verificou.

Como exemplo de justa causa para a revogação, dá-se, na doutrina italiana, o ter a autoridade pública impedido a exposição onde se teria de apreciar o valor dos expositores". Mesmo no direito italiano, não poderíamos ver, aí, justa causa para a revogação se a exposição pudesse ser alhures. Se o ato da autoridade pública foi legal, por algum fundamento de ilicitude, não é de revogação que se cogita, mas de nulidade da promessa. Se ilegal, ter-se-ia a ação contra a autoridade pública, sem que se eximisse da vinculação o promitente.

Também se insinuou ser justa causa para a revogação o erro essencial, mas aí o caso é de anulabilidade, e não de revogação. A anulação poder-se-ia decretar mesmo após o nascimento da pretensão.

A promessa de recompensa, inclusive o concurso, não é doação; não está, portanto, sujeita às regras do Código Civil,arts. 1.181-1.187, concernentes à revogação das doações por ingratidão.

2. POSSIBILIDADE DAS PROMESSAS UNILATERAIS. No direito brasileiro, de modo nenhum está dito que só há manifestação unilateral de vontade, *que vincule,* se a lei previu a espécie. Portanto, o problema não é *de jure condendo,* nem cabe reproduzir-se, como faziam F. *E.* MANNESMANN *(Das einseitige Versprechen ais Verpflichtungsgrund im, gemeinen Recht,* 67 s.) e tantos outros, o que escreveram B.

WINDSCHEID *(Lehrbuch,* fl, 9.~ ed., 242) e outros escritores, em tôrno dos textos romanos, nem invocar-se o exemplo do texto do Código Civil italiano, art. 1.987.

8. ProposiçõEs FINAIS. .~ Quando se faz promessa unilateral, tem-se de atender a quem se apresente e o promitente responde (tem de manter a promessa e, depois,. cumprir o prometido) enquanto, se revogável a promessa, não se revoga. *Á vinculatidade somente depende*

do contacto *com o "alter*"*, alter* pessoa indeterminada mas determinável, ou *alter* pessoa determinada, a que não se exige manifestação de vontade para se formar o vinculo.

A aparição da pretensão e pois da obrigação depende da situação prevista para que se haja de cumprir o prometido.